J. germ.
85
-2-

<36640405950017

<36640405950017

Bayer. Staatsbibliothek

J. germ. 85-2

Fragmente

und

rechtliche Bemerkungen,

besonders

über den Entwurf eines allgemeinen

Gesetzbuchs

für

die Preußischen Staaten.

Fortsetzung.

[2]

Von

Johann Heinrich Gottlieb Hermann.

Eisenach, 1790.

bey Joh. Georg Ernst Wittekindt.

Staatsbibliothek

Bayerische
Staatsbibliothek
MÜNCHEN

Vorerinnerung.

Ich hoffte, diese Fortsetzung sogleich nach der Ostermesse dem Publico mittheilen zu können; bin aber durch mancherley Geschäfte daran bis jetzt verhindert worden, wobey doch meine Leser und Gönner hoffentlich nichts einbüssen werden. Den vorhin versprochenen Aufsatz von der **Retorsion**, habe ich, wegen besondrer Ursachen in der Staatswissenschaftlichen Zeitung abdrucken lassen, und behalte mir vor, ihn nach vollendeten Preußischen Gesetzbuch in veränderter Gestalt dem Publiko vorzulegen, wenn anders die in jenem vorkommende Bemerkungen bis dahin ihre Erledigung von selbst nicht erhalten haben.

Der ebenfalls versprochene Aufsatz von der **Priorität der Gläubiger** liegt zwar ganz fertig: Allein theils ist er zu weitläuftig, um mit den übrigen in einigem Verhältniß zu stehen, theils überzeuge ich mich, daß ihm nicht sowohl

unter den Bemerkungen über ein Gesetzbuch, sondern vielmehr über eine Prozeßordnung sein Platz anzuweisen sey. Daß dessen Inhalt von Gmelins Ordnung der Gläubiger gänzlich abweiche, davon wird man sich leicht überzeugen, wenn man meine bisherigen Aufsätze mit Theilnehmung durchgelesen hat. Wenn sich eine Gelegenheit findet, ihn in ein juristisches Journal einzurücken, so bin ich dazu nicht abgeneigt.

Eine Menge kleiner Beobachtungen bleiben in meinem Pult verschlossen, bis das Preußische Gesetzbuch selbst ans Licht getreten seyn wird. Finde ich sie alsdann noch erheblich, und die jetzt bekannt gemachten haben sich Beyfall erworben, so erscheinen sie nach Ar. der Müllerischen Observationum ad Leyseri Meditat. ad Pandectas, doch deutsch, und soviel möglich ohne Citaten. Das Ansehen der Rechtslehrer thut nichts zur Wahrheit oder Unrichtigkeit der Sätze. Altenstein d. 14. Jul. 1790.

Hermann.

Inhalt.

Inhalt.

I.

Von Gesetzen überhaupt.

Es ist immer Zeit, bessere Gesetze zu geben. S. 3

Gesetze dürfen nicht zu allgemein seyn 10

Sie müssen vielmehr möglichst bestimmt werden, in ganzen Sätzen und 12

Ausdrücken 13

Zufällige Umstände dürfen keinen Entscheidungsgrund abgeben 14

Behutsamkeit bey der Aufnahme von Sätzen aus andern Wissenschaften 17

Von Statuten und Provinzialrechten ꞉ ꞉ S. 23

Von der Erbfolge nach den Stämmen und der Nähe des Grads ꞉ ꞉ ꞉ ꞉ 25

Von der Verheurathung der adelichen Personen mit bürgerlichen ꞉ ꞉ ꞉ ꞉ 29

Trennung des Bürger- und Bauernstandes ꞉ 34

Exempel sind keine Gesetze ꞉ ꞉ ꞉ 37

II.

Von Strafgesetzen.

Auch diese dürfen nicht zu allgemein seyn ꞉ 41

Von Vorbeugungsmitteln und Gesetzen ꞉ ꞉ 42

— beym Dardanariat ꞉ ꞉ ꞉ 43

— bey Feuersbrünsten ꞉ ꞉ ꞉ 44

— bey Depositengeldern ꞉ ꞉ ꞉ 46

und andern Verbrechen ꞉ ꞉ ꞉ 47

Von Strafen an der Ehre und Achtung ꞉ 48

Vom Gefängniß, als Strafe ꞉ ꞉ 54

Von der Landesverweisung und ꞉ ꞉ 55

— Confiscation des Vermögens ꞉ ꞉ 57

Von Todesstrafen ꞉ ꞉ ꞉ ꞉ 60

Von der Bestrafung des Diebstahls ; ; S. 61

Von der Erhöhung der Strafe beym Leugnen ; 64

Vom Diebstahl eines Miterben ; ; 66

III.
Richter und Rechtspflege.

Der Richter darf niemals Parthey nehmen ; 69

Dessen Instruktion gehört ins Gesetzbuch ; 72

Von Dorfgerichten ; ; ; ; 75

— als einem Mittel, gemeinen Leuten eine Kenntniß der Gesetze beyzubringen ; ; 80

Bedürfniß eines Rechtscatechismus oder kurzen Begriffs ; ; ; ; 82

IV.
Ermessen des Richters.

Ist von Willkühr zu unterscheiden, und gleichwohl möglichst einzuschränken ; ; ; 89

Es äussert sich nach dem Entwurf des Preussis. Gesetzbuchs

a) bey manchen Heuraths und Eheverspruchs; 92

b) auch Ehescheidungs; Fällen ; 95

c) in Haverey-Fällen, und bey der Bestimmung der unbedungenen Fracht S. 104

d) in Vormundschaftsangelegenheiten - 105

e) bey der Bestrafung einer verheimlichten Schwangerschaft - - - 110

f) bey eingewilligten und verziehenen Entführungen - - - - 111

g) bey Bestimmung der Conventional-Strafen und - - - - 112

10 andern Stellen des II. Theils des Entwurfs

V.

Casus matrimoniales.

Das Verbrechen bringt schon seine Folgen mit sich; sie werden nur durch den richterlichen Ausspruch bestätiget - - - - 123

Von der vermutheten Verzeihung beleidigter Ehegatten 125

Ob eine im Brautstande begangene Untreue zur Trennung der nachherigen Ehe hinreichend sey? 132

Vom Verpflegungs- und Entschädigungs-Quanto geschiedener Ehegatten, oder geschwächter Dirnen 133

Mehrere Ursachen der Ehescheidung - - 136

Erneuerung der durch richterlichen Ausspruch getrennten Ehen - - - - 138

Die

Die Heurath zwischen dem geschiedenen Ehemann und der Tochter des geschiedenen anderweit verheuratheten Weibes ist nicht zulässig . . S. 139

VI.

Verpflegungskosten, Vorschüsse zu Erlernung eines Handwerks.

Dienstleistungen der Kinder an die Eltern und deren Vergütung 143

VII.

Trauer und Trauer-Zeit.

Trauer durch Kleider . . . 153

Kirchentrauer 155

Trauerzeit der Wittwer . . . 157

Bestrafung der während der Trauerzeit heurathenden Personen 160

Fortgesetzte Inhalts-Anzeige
II. Heft.

VIII.
Vom Zuwachs.

Ueberhaupt . . . . S. 3
Bey Gemeinschaften des Erwerbs . . 6
Bey Schenkungen und Concessionen . . 7
Bey Erbschaften 7
Und Vermächtnissen . . . 12

Bey

Bey Substitutionen ; ; ; S. 18

Beym Niesbrauch ; ; ; 18

Bey dem Pflichttheil der Kinder aus getrennten Ehen 18

Bey abgefundenen Kindern ; ; 21

Beym Apanagio ; ; ; ; 22

Bey abgetretenen Lehnen ; ; ; 23

IX.

T o l e r a n z.

Ueberhaupt ; ; ; ; 27

Von Störern des öffentlichen Gottesdienstes ; 32

Von vermeintlichen Zaubereyen und deren Bestrafung ; ; ; ; 33

Von Sektenstiftern ; ; ; 34

Von Heurathen zwischen Personen von verschiedener Religion ; ; ; ; 35

Von Cessionen der Juden an Christen ; 36

Von Handelsbüchern der Juden und Christen ; 39

Mehrere Fälle, wo im Entw. d. Pr. G. B. den Christen Vorrechte vor Juden eingeräumt worden sind ; ; ; ; 42

Per-

Personen von verschiedener Religion oder von verschiedenen Sekten sind als erziehende Vormünder nicht zu bestätigen . . . S. 43

Juden sind nicht mehr Vortheile nachzulassen, als Christen 44

Juden, als Zeugen gegen Christen . . 45

X.

Vom Näherrecht.

Ueberhaupt 49

Aus dem Gesetz 56

Und wird zugestanden:

den Mitrhedern . . . 60

bey Familiengütern . . . 62

bey Käufen unter der Bedingung, wenn sich kein besserer Käufer fände . . 65

bey Erbzinsgütern . . . 66. 68

bey Erbpachtungen . . . 67

bey Lehngütern . . . 69

vom Stapel . . . 70

bey Kirchstühlen . . . 70

Aus

Aus Verträgen und letzten Willensmeinungen : S. 71

Von mancherley Streitigkeiten, die bey Gelegenheit des Vorkaufsrechts zu entstehen pflegen : 72

a) wegen anderweiter Veräusserung der retrahirten Sache : : : 73

b) wegen der Nutzungen während des Prozesses : : : : 73

c) ob bey entstehenden Concurs die bedungene Vorkaufssumme zu erhöhen sey? : 74

d) ob der Retrahent wegen Verletzung über die Hälfte klagen könne? : : 76

XI.
Von Pertinenz-Stücken.

Deren Begriff : : : : 79

Sie sind unterschieden von Inventarienstücken : 84

Von zugekauften Stücken bey Fideicommißgütern und Pfarreyen : : : : 85

P. St. sind ferner unterschieden von An- und Zuwüchsen : : : : 85

Ob Gefäße, worinn flüßige Sachen aufbewahret werden, nothwendig für P. St. zu achten sind? 87

XII.

Von der Competenz.

Begriff derselben : : : : S. 93

Wer beym Concurs dazu eigentlich verbunden sey? 96

Die Gläubiger haben keine Verbindlichkeit ihrem vornehmen Schuldner eine Competenz zu reichen : : : : 96

Weder bey muthwilligen Banqueroutirern noch bey unverschuldet unglücklichen Schuldnern : 102

XIII.

Von der Ausflucht des nicht empfangenen Geldes.

Sie unterscheidet sich von andern Ausflüchten : 108

Es ist unbillig, wenn man ein Schuldbekenntniß in der Hand hat, daß man die erfolgte Zahlung erweisen soll : : : : 109

Etwas von Scheincontrakten, und : : 113

Blanquets : : : : 114

Wie lange die Exc. n. n. p. vorgeschützt werden könne? : : : : 115

Von Quittungen : : : : 117

Ob und wie lange ein gewesener Vormund nach gerichtlich quittirten Rechnungen noch verantwortlich sey? ; ; ; ; S. 119

XIV.

De Regulis Juris.

Ueberhaupt ; ; ; ; ; 127

De Regula: Interpretatio facienda contra venditorem 129

Von der unbestimmten Wiederkaufssumme ; 135

In wie fern obige R. R. auf Miethen und Pachtcontrakte angewendet werden könne? ; 138

De Regula: Donari videtur, quod nullo jure cogente conceditur - - - - 140

De Reg. Accessorium sequitur principale: 5. Quaevis res transit cum sua caussa - - 142

Die Nutzungen einer Sache, die wegen einer Verletzung über die Hälfte zurückgegeben werden muß, gehören dem laeso ; ; ; 143

De Reg. J. Nemo cum alterius damno fieri debet locupletior ; ; ; ; 144

Welches besonders auf die Lehre von Zinsen angewendet wird ; ; ; ; 145

Ingleichen auf das Vermögen abwesender für tod erklärter Personen ; ; ; 148

De Reg. Casum sentit dominus ; ; S. 151

Bey der verloren gegangenen Mitgabe ; 151

Bey Grundgerechtigkeiten ; ; ; 153

De Reg. Qui Jure suo vtitur nemini facit injuriam 154

Wer die Triftgerechtigkeit hergebracht hat, der hat nicht nöthig, die leidenden Grundstücke zu befriedigen oder zu verzäunen. ; ; ; 157

Von Umzäunung der Felder gegen Wildschaden ; 157

VIII.

Vom Zuwachs.

Es ist nicht der kleinste Vorzug des Entwurfs des Preußischen Gesetzbuchs, daß in solchem die Ausdrücke bestimmt sind; und wo hierüber ein Zweifel oder eine Undeutlichkeit zu besorgen stände, Erklärungen vorausgehen. Zwar hat es nicht an Männern gefehlet, denen es anstößig schien, daß daselbst Definitionen vorkommen, und aus ihnen die nachfolgende Sätze hergeleitet sind. Dies gehörte, meinten sie, in ein Compendium der Rechtsgelehrsamkeit, nicht aber in ein Gesetzbuch. Ich finde aber diesen Tadel ungegründet. Ein Entwurf ist das Gesetzbuch nicht selbst: und dann da die Begriffe der Rechtsgelehrten so schwankend, ja wohl ganz verschieden sind, so mußten die Erklärungen der Worte hier, wo die ganze philosophische und juristische Welt zu Erinnerungen aufgefordert war, vorausgehen, um Mißverständnissen und vergeblichen Zänkereyen vorzubeugen. Eine andre Frage ist es, ob die gegebene Erklärungen überall die adäquatesten sind, und alles, und gleichwohl nicht mehr in sich begreifen, als unter dem gebrauchten Ausdruck gewöhnlich verstanden wird.

Vom Zuwachs, Zuwüchsen, ꝛc. wird ausführlich gehandelt in des Entwurfs

II. Th. S. 166. §. 193.

und

und festgesetzt, daß An- und Zuwüchse bestehen in Vermehrungen und Verbesserungen einer Sache, die durch Natur oder Kunst (oder beydes zugleich) von außenher bewürkt worden. Der Verfasser rechnet dahin die Anspühlungen, entstehende Inseln, Verlandungen, verlassene Flußbetten, und was sonst bey dem Titel der Pandekten: de acquirendo rerum dominio: abgehandelt wird. Sie werden, in sofern sie die Substanz vermehren, unter die Pertinenz-Stücke gerechnet,

ebendas. S. 234. §. 69.

und damit zugegeben, daß es auch Zuwüchse geben könne, die nicht nothwendig zum Daseyn einer Sache gehören. Indessen werden solche unwesentliche Vermehrungen einer Sache

ebend. S. 8. §. 28.

Früchte und **Nutzungen** genennet, obschon der Unterschied unter beyden nicht immer ganz genau beobachtet worden ist. So heißt es z. B.

ebendas. S. 301. §. 483. „hat Jemand eine gewisse Zahl, Maas oder Gewicht von seinem künftigen **Zuwachs** verkauft u. s. w.

wo unter diesem Ausdruck offenbar die zu hoffende Erndte, oder andre Erzeugnisse, mithin eigentlich Früchte, verstanden werden. Schon ältere Juristen haben eingesehen, daß Accessoria und Nutzungen nicht einerley seyn, und was von jenen gelte, darum noch nicht von diesen behauptet werden könne.

V. Berger. Supplem. ad El. Disc. For. P. II. p. m. 330. seq.

Auch ist dieser Unterschied in andern Stellen des Entwurfs z. B.

II. Th. S. 483. §. 170. 172.

nicht

nicht aus der Acht gelassen, und daher festgesetzt worden, daß bey der Rückgabe einer Sache der Bürge zwar für die An- und Zuwüchse derselben, nicht aber für die Früchte in der Regel haften müsse. Es gründet sich dieses vermuthlich auf die erwähnte Voraussetzung, daß Zuwüchse zur Substanz, d. i. zum Wesen der Sache gehören, nicht aber Früchte. Wenn aber dieses ist, so möchte ich die Behauptung

ebend. S. 484. §. 175. „wer für alles zu haf„ten versprochen hat, — muß alle aus dem Ge„schäfte entstehende Verbindlichkeiten, nebst Zin„sen, Früchten ꝛc. übernehmen„

nicht ohne Einschränkung behaupten, ob ich schon, wiewohl aus einem andern Gesichtspunkt, die Disposition selbst billige.

Uebrigens weiß ich mich in die Stelle des Entwurfs

ebend. S. 748. §. 11. „wie weit dergleichen „(durch Natur oder Kunst entstandene) An- und „Zuwüchse bey unbeweglichen zum Pfand einge„räumten Sachen als mitverpfändet anzusehen sind, „das muß nach den Regeln des Hypothekenrechts „beurtheilt werden„

nicht recht zu finden. Diese An- und Zuwüchse gehören entweder zur Substanz der verpfändeten Sache oder nicht. Im ersten Fall ist ohnehin kein Zweifel, daß sie mitverpfändet seyn. Accessorium sequitur suum principale; Gehören sie nicht zur Substanz der Sache, und sind also Früchte (II. Th. S. 166. §. 191.) so gehören ja diese vermöge

Desselb. Th. S. 746. §. 97.

in der Regel ebenfalls dem Pfandinnhaber: wozu nun noch eine fernere Beurtheilung?

Es werden aber auch zweytens die den Kindern von den Eltern bey ihrem Leben gegebene und nun nach deren Tod in die gemeine Erbschaft wieder einzuwerfende Beyhülfe und Vorschüsse, wodurch die Erbschaftsmasse sich vergrössert, Zuwüchse genennet.

ebend. S. 181. §. 288.

Ferner wird unter diesem Ausdruck

drittens verstanden, was man unter dem Jure accrescendi beym gemeinschaftlichen Eigenthum und Erbschaften zu verstehen pflegt. Auch hierüber will ich einige Anmerkungen zu genauerer Prüfung vorlegen.

Es wird in des Entwurfs

I. Th. 1. Abth. S. 77. §. 275.

verordnet, daß dergleichen Zuwüchse von Erbschaften und Vermächtnissen nicht unter die Gemeinschaft des Erwerbs zwischen Ehegatten gehören sollen. Ob aber der Zuwachs solcher Erbschaften und Vermächtnisse nicht dahin zu rechnen sey? davon kommt namentlich nichts vor.

Wenn dieser zur Substanz gerechnet wird, so ist wohl die Frage zu verneinen, maßen, was vom Principali nicht gesagt werden kann, auch vom Accessorio sich nicht behaupten läßt. Indessen scheint die Frage doch um deswillen noch zweifelhaft, weil gleichwohl Glücksfälle, die sich nach eingegangener Gemeinschaft des Erwerbs ereignen, (§. 277) ohne Ausnahme zum Erwerb gehören sollen; diese Zuwüchse hingegen nothwendig Glücksfälle (im weiten Verstand) voraussetzen. Eine Erläuterung würde mithin hier nicht unnöthig gewesen seyn.

Hiernächst wird in einigen Stellen des Entw. des Pr. G. B. verordnet, z. B.

II. Th. S. 612. §. 270. u. a. O. m.

daß

daß, wenn sich mehrere Personen im ungetheilten Eigenthum befänden, alsdann der Theil eines Ausfallenden den übrigen zuwachse. Doch giebt es hiervon Ausnahmen, wie denn

ebend. S. 345. §. 765.

bestimmt wird, daß der ausfallende Antheil einer mehrern Personen zugleich geschenkten Sache an den Schenkenden zurück fallen soll.

Ich irre gewiß nicht, wenn ich zur Ursache davon annehme, weil alle Schenkungen einschränkungsweise zu erklären sind. Aber eben dieses gilt auch von Concessionen, und darauf ist auch die Vorschrift

I. Th. III. Abtheil. S. 39. §. 17.

gegründet. Gleichwohl wird ebendaselbst im §. 19. ausdrücklich verordnet:

„Wenn der Landesherr eine Sache oder Recht meh„rern gemeinschaftlich verliehen hat, und die Be„günstigten in der Gemeinschaft geblieben sind, so „wächst bey dem erblosen Abgang des einen von „ihnen, der Antheil desselben den übri„gen zu.„

Sollte nicht, da, wenigstens bey umsonst ertheilten Concessionen, eben dieselbe ratio legis, wie bey Schenkungen, zum Grunde liegt, auch eadem dispositio beybehalten werden?

Weit mehr liegt mir aber auf dem Herzen in Ansehung des Zuwachses bey Erbschaften und Vermächtnissen. Das ist einer derjenigen Fälle, wobey ich wünsche, daß der oder die Verfasser des Entwurfs sich weniger an das römische Recht gebunden haben möchten. *)

*) Unsre deutsche Vorfahren wußten bekanntlich vom Zuwachs

Die Lehre vom Zuwachs bey Erbfällen ist, wie man weiß, blos eine Erfindung der Römer, die sich aber keinesweges auf die Natur, sondern blos auf die Formalität gründet, da dem Erben nach altrömischen Recht in testamento per aes et libram tota familia mancipabatur. Daraus ferner gefolgert wurde, daß niemand durch eine letzte Willensverordnung zum Theil beerbt, und zum Theil unbeerbt seyn könne.

Daß dieser sonderbare Satz den Römern eigen, und nach unsrer Verfassung nicht füglich anwendbar sey, das hat schon Stryk

in Cautel. Testam. Cap. I. §. 14. p. m. 14.

überzeugend dargethan, wenn gleich derselbe das Gegentheil im

Usu Mod. Pandect. VII. 1. 3.

behauptet hat. Ich habe aber nicht nöthig, mich länger dabey aufzuhalten, da der Ungrund und die Unstatthaftigkeit dieser römischen Eigenheit in des Entwurfs

II. Th. S. 359. §. 32.

ausdrücklich anerkannt worden ist. Und gleichwohl wird

ebendas. S. 384. §. 176.

die römische Bestimmung beybehalten, daß wenn von mehrern ernannten Miterben einer (vermuthlich auch mehrere)

wachs so wenig als von Testamenten; sogar, besonders in Sachsen, bis ins dreyzehnte Seculum und bis zur Zusammentragung des Sachsenspiegels. Ich sehe das Unvollkommene der deutschen Gewohnheiten und Gesetze ein, und habe meine Meinung darüber sonst eröfnet: ich werde sie aber stets den Römischen künstlichern vorziehen, wenn jene sich der Natur nähern, und diese sich davon entfernen.

rere) nicht Erbe seyn könne oder wolle, der solchergestalt erledigte Erbantheil den übrigen (ernannten) Miterben zufallen soll.

Ein Grund ist dieser Disposition nicht beygefüget, dessen ich doch wenigstens in einer Note um so mehr gewärtig gewesen wäre, als es der bey den Römern angenommene Satz gedachter maßen nicht seyn kann. Wollte man sagen, es sey die **Vermuthung**, daß der Testator die eingesetzten mehr, als die natürlichen Erben geliebt habe; so ist doch dieser Grund den römischen Gesetzen so wenig gemäs, daß sie den Zuwachs keineswegs von daher, sondern bekanntlich blos ex lege herleiteten, und um deswillen nicht gestatteten, daß ihn der Testator verbieten durfte, daher er statt dessen in fraudem legis zu den Substitutionen seine Zuflucht nehmen mußte.

Und obgleich dieses in des Entwurfs

II. Th. S. 385. §. 180.

abgeändert worden ist; so erhellet doch aus dem gleich drauf folgenden §. 181, daß der Verfasser desselben sich überzeugt habe, der Zuwachs rühre blos aus dem Gesetz, mithin nicht aus dem vermutheten Willen des Erblassers her: denn es heißt daselbst ausdrücklich:

„Derjenige, dem die Gesetze einen solchen Zuwachs „anweisen ꝛc.„

Dieses bestärkt sich noch mehr dadurch, weil

ebendas. S. 289. §. 408.

den römischen Gesetzen völlig entgegen,

l. 7. §. 10. ff. de Minor.
l. 88. ff. de her. inst.

dem Erbschaftskäufer der Zuwachs zugesprochen wird, von dem doch unmöglich gesagt noch vermuthet werden

 kann,

kann, daß ihn der Erblasser mehr, als den natürlichen Erben geliebt habe.

Ueberdieses nehmen, wie gedacht, die Römer diese vermuthete Zuneigung nicht in Ansehung des Erben, sondern blos in Ansehung des Zuwachses bey Vermächtnissen zum Grund an; und endlich, wenn Gesetze durch vermuthete Willensmeinungen oder Zuneigungen abgeändert werden dürften, was sollten daraus für Folgen entstehen?

Ich befürchte keinen Widerspruch, wenn ich behaupte, die natürliche Erbfolge sey die Regel, letzte Willensverordnungen nur Ausnahmen. Es muß also, nach allgemein angenommener Schlußfolge, so lang bey jener bleiben, bis diese ausdrücklich festgesetzt und erwiesen sind. Es scheint mir daher der im Entwurf

II. Th. S. 385. §. 180.

mit andern Worten aufgestellte Schluß:

> Hätte der Testator gewollt, daß der Theil des Ausfallenden eingesetzten Erben dem natürlichen zuwachsen sollte, so würde er es **befohlen** haben.

in so fern noch zweifelhaft, ich würde lieber schließen:

> Hätte der Testator gewollt, daß der natürliche Erbe den ausfallenden Theil des eingesetzten nicht haben sollte, so würde er diesen Rückfall **verboten** haben.

Denn daraus, daß der Erblasser dem natürlichen Erben einiges, d. i. auf einen bestimmten Fall, oder einen Theil seines Vermögens in Rücksicht auf einen eingesetzten Erben, nicht zugewendet hat, folgt wohl noch nicht, daß er ihm gar nichts, unter keinerley Umständen gegönnt, mithin ihn von der Erbschaft gänzlich ausgeschlossen habe: obschon dieses in des Entwurfs

II. Th. S. 382. §. 161. 171.

jedoch

jedoch unter der im vorhergehenden §. 160. selbst anerkannten, indessen im §. 165. in so ferne wieder aufgehobenen Voraussetzung, daß die Absicht des Testatoris, er habe dem eingesetzten Erben den Inbegriff seines Nachlasses völlig zuwenden, d. i. die natürlichen völlig ausschließen wollen, klar erhelle, behauptet wird: sonst müßte auch vermuthet werden können, daß ein eingesetzter Miterbe den ihm angefallenen und angenommenen Theil der Erbschaft dem natürlichen Erben wieder abzutreten nicht berechtigt sey, welches noch niemand geglaubt hat.

Auch würde in dem Fall, davon in des Entwurfs

II. Th. S. 384. §. 174.

die Rede ist, wenn nämlich nur ein einziger Erbe ernennt wäre und dieser nicht erben könnte oder wollte, an dessen Stelle nicht der natürliche Erbe treten können, sondern die Erbschaft als eine herrnlose Sache dem Staat heimfallen. *)

Erkennt man aber in dem einen Fall für recht, daß der natürliche an die Stelle des eingesetzten, aber ausfallenden Erben trete, warum sollte dies nicht in den übrigen Fällen recht und billig seyn? die mehrere oder wenigere Zahl der **Erben** kann, meines Bedünkens, das Recht selbst niemals verändern, wie anderwärts in des Entwurfs

I. Th. I. Abtheil. S. 208. in der Note

sehr richtig bemerkt worden ist.

Ich will ferner annehmen, der Testator habe verordnet:

*) Daß diese Behauptung oder eigentlicher, Folge, nicht aus der Luft gegriffen sey, desfalls beziehe ich mich auf Heimburg. Diss. de J. *Accresc.* Jen. 1754. §. 33. et ibi allegatos Doctores.

ordnet: Cajus, Mevius, Titius, sollen meine Erben seyn. Hier ist in sofern der Wille des Erblassers klar, daß jeder der Erben den dritten Theil der Erbschaft haben solle. Wenn aber Cajus und Mevius ausfallen, und Titio soll die ganze Erbschaft zuwachsen, so bekommt er mehr, als der Erblasser gewollt hat. Die Unbilligkeit ergiebt sich schon daraus, weil, wenn der Erblasser nur die Worte: **jeder zum dritten Theil** hinzugefügt hätte, die doch bewandten Umständen und einer vernünftigen Auslegung nach drunter verstanden werden müssen, der Zuwachs nicht statt gefunden haben würde. Wenigstens behaupten die Rechtslehrer sonst quod in quantitate legata J accrescendi locum non habeat; und es ist nicht abzusehen, warum dieses bey Erbschaften anders seyn soll.

Wenn ich aber auch den Satz:

Der Erblasser hat den eingesetzten mehr, als den natürlichen Erben geliebt und zuwenden wollen,

in seiner grösten Ausdehnung, nebst allen daraus hergeleiteten Folgen zugeben will, so kann er doch unmöglich bey **Vermächtnissen** angewendet werden. Kein Rechtsgelehrter hat noch jemals behauptet, es sey zu vermuthen, daß der Erblasser dem Legatario mehr, als dem eingesetzten Erben zugedacht habe: im Gegentheil ist man überzeugt, daß in streitigen Fällen gegen jenen und für diesen zu sprechen, und Vermächtnisse in so ferne nach den Regeln der Schenkungen zu beurtheilen seyn. *)

Und

*) Wenn ich Gesetzgeber wäre, so würde ich alle Successionem secundum tabulas hiernach beurtheilen. Mir scheint es wenigstens widersprechend, daß das Recht und die Befugniß, über das Seinige zu gebahren, durch den Tod sich vergrößern oder erweitern könne. Das Gegentheil ist wohl vernünftiger. Hierüber wäre viel zu sagen.

Und wenn dieses ist, so ist die Disposition in des Entwurfs

II. Th. S. 392. §. 224. ingleichen S. 407. §. 316. 317. *)

nach welcher die mehrern Personen zugleich beschiedene Vermächtnisse beym Ausfall eines Legatarii nicht dem Erben, sondern dem Mitgenossen zufallen sollen, zwar nicht bey römisch geformten, aber zuverläßig bey uneingenommenen Rechtsverständigen noch manchem Zweifel unterworfen. Wir haben oben gesehen, daß bey Schenkungen

*) Bey dieser Disposition, die wörtlich lautet:

„Soll die Erfüllung von allen (Legatarien) geleistet „werden, und das (bedingte) Vermächtniß ist dem „ganzen Inbegriff der Legatarien zugedacht, so wächst „der Antheil der nicht erfüllenden den übrigen zu.„

finden sich eben diese Schwierigkeiten. Der Legatarius, der die ihm auferlegte Bedingung leistet, kann dafür nicht mehr verlangen, als ihm der Testator mit klaren Worten zugedacht hat. Woher will er sein Recht zu einem mehrern nehmen, weil sich die Collegatarien unthätig bewiesen haben? Es ändert nichts, wenn gleich im folgenden §. hinzugefügt wird:

Wenn der Testator den Antheil eines jeden am Legat ausdrücklich bestimmt hätte, daß alsdann die Portion der nicht erfüllenden an die Erbschaftsmasse zurück fallen soll.

Alle letzte Willensverordnungen, und insbesondere Vermächtnisse, sind restrictive zu erklären. Nicht ein Legatarius allein sondern alle sollen die Bedingung erfüllen: wer diesen Willen des Testatoris nicht befolgt, kann von ihm, und den ihn vorstellenden Erben nichts verlangen.

kungen der ausfallende Theil nicht an den Theilhaber, sondern an den Schenkenden zurück fallen soll; warum ist hier eine Ausnahme, da Vermächtnisse nichts mehr noch weniger, als Schenkungen auf den Todesfall sind, und keinen Zweifel unterworfen ist, daß der Erbe in alle nicht ausgenommene Befugnisse des Erblassers trete? *) Der

*) Es finden sich, nach meiner Einsicht, mehr Sätze im Entwurf d. Pr. G. B. woraus geschlossen werden könnte, daß Legatarii vor den Erben begünstigt werden sollen. Sollte z. B. nicht die Stelle

II. Th. S. 389. §. 204. „Hat der Erblasser die „Sache dem Legatario durch einen lästigen Vertrag „zugeeignet, und ihm die dafür zu leistenden Geld „oder andre Prästationen gestündet, so werden diese Rückstände —— für erlassen geachtet.„

dahin gehören? Ich würde diese Verordnung nur unter der Voraussetzung gelten lassen, wenn der Erblasser die Prästationes in der erweißlichen Absicht gestündet hat, daß sie niemals gefordert werden sollen. Außerdem kann dem Legatario seine Saumseligkeit kein Recht geben. Alle Nutzungen der Vermächtnisse können nicht eher, als diese selbst ihren Anfang nehmen. Eben dieses erinnere ich zum §. 259. S. 398.

Im nächstfolgenden §. 206. wird bestimmt:

Daß der Legatarius nur die auf einer Sache haftenden eingetragenen Hypotheken berichtigen soll, mithin die simpel conventionellen der Erbe.

Nun ist mir zwar der Unterschied zwischen dem Successore universali et singulari wohl bekannt. Wenn ich aber bedenke, daß der Erblasser beyde Hypotheken gewürkt habe, daß bey beyden in Beziehung auf ihn einerley Verbindlichkeit vorwalte, so wird es mir wahrschein-

Der Satz es sey besser, daß gemeinschaftliche Sachen nicht ferner getheilt, vielmehr möglichst zusammen gebracht werden, und der daraus hergeleitete Schluß: es sey der vermuthete Wille des Erblassers, daß ungetheilte Sachen den Miterben und theilhabenden Legatarien

scheinlicher zu glauben, er habe gewollt, daß der Legatarius das Vermächtniß unter keiner bessern Bedingung, mithin unter derselben Belastung haben sollen, womit es durch ihn selbst beschweret war. Auch hier tritt die Regel ein, daß der Erblasser den Erben mehr, als den Legatarium wahrscheinlicherweise geliebt habe; es sey denn, daß der letzte den ausdrücklichen Willen des Testatoris für sich anzuführen vermöchte.

Nach dem §. 231. S. 393. soll der Erbe den höchsten Wehrt einer vermachten und nicht zu schaffenden fremden Sache, oder gar das besonders obwaltende Interesse dem Legatario vergüten. Bey der letztern Bestimmung fällt die in diesem §. vorgeschriebene Ausmittelung der Sachverständigen weg. Ich finde aber bedenklich, die Angabe dieses Interesse auf das enge oder weite Gewissen des Legatarii ankommen zu lassen, der solchergestalt in den meisten Fällen nur den Eigenthümer vermögen dürfte, die Sache nicht zu veräußern, um statt deren soviel zu bekommen, als er verlangt und beschwöret. Ich ziehe daher die im §. 279. festgesetzte Meinung hierbey sowohl, als in Ansehung des §. 242. vor. Der Erbe ist in solchen Fällen, nach meiner Ueberzeugung nicht berechtigt, das schlechteste zu geben, noch der Legatarius, das Beste zu verlangen. In medio virtus! Ein Stück vom mittlern Wehrt ist das billigste. Wenigstens sagten unsre deutschen Vorfahren:

Einem geschenkten Gaul
Sieht man nicht ins Maul.

rien alleine bleiben, kann hiergegen schwerlich in Betrachtung kommen. Einmal gilt jenes nach römischen Grundsätzen, wie oben gedacht worden, nur von Vermächtnissen. Und dann, obgleich Gemeinschaften für eine reichhaltige Quelle manches Unheils und böser Prozesse mit Recht zu achten sind; so versteht sich dieses doch nur, wie man spricht: ceteris paribus. Um der üblen Folgen der Gemeinschaften willen darf niemanden sein Recht darauf entzogen werden; sonst dürfte gar keine Gemeinschaft geduldet, noch eine Disposition, wodurch eine Sache mehrern Personen in Gemeinschaft verschaft wird, für rechtsbeständig geachtet werden.

Außerdem folgt ja nicht nothwendig, wenn ein Intestaterbe, statt des eingesetzten, oder ein Erbe überhaupt statt des Legatarii, einen Antheil an der Erbschaft, oder an einer gemeinschaftlichen Sache erhält, daß dadurch diese selbst oder deren Beschaffenheit verändert werde. Alle vorgewendete üble Folgen der Theilung einer Sache können schon dadurch vermieden werden, wenn, nach der in des Entwurfs

II. Th. S. 574. §. 39. folg.

enthaltenen Vorschrift der statt des ausfallenden Legatarii eintretende verordnete, oder natürliche Erbe mit dem Wehrt des zugefallenen Antheils (der jederzeit ausgemittelt werden kann) sich begnügen, die Sache selbst hingegen den übrigen Legatarien überlassen muß.

Aber man möchte endlich vorgeben, Zuwüchse gehören doch obgedachter maßen zur Substanz einer Sache: Wem diese zuständig ist, dem gehören auch jene: mithin gehört dem eingesetzten Erben und den Collegatariis der ausfallende Theil der Erbschaft oder des gemeinschaftlichen Vermächtnisses.

So scheinbar dieser Einwurf lautet, so wenig hat er hinter sich. Der Verfasser des Entwurfs selbst hat sich

zu

zu behaupten nicht getrauet, daß alle Zuwüchse zur Substanz einer Sache gehören. *) Wenn aber auch hierauf nicht Rücksicht genommen wird, so bestehen doch, selbst nach dem oben angeführten Begriff im Entw. d. Pr. G. B. Zuwüchse in **Vermehrungen und Verbesserungen einer Sache, die durch Natur oder Kunst von außen her bewürkt werden.** Kein einziges Erforderniß trifft hier ein. Das römische Jus accrescendi bey Erbschaften und Vermächtnissen folgt nicht aus der **Natur**, vielmehr ist es dem natürlichen Gang und Schlußfolgen entgegen. **Künstlich** mag es seyn: ich behaupte aber, es ist Misbrauch der Kunst, Ueberbleibsel römischer, uns nichts angehender, auf unrichtige Sätze sich beziehender Eigenheiten. Ueber dieses wird dabey die Sache selbst oder deren Wehrt weder vermehret, noch verbessert: nur die Personen, oder Innhaber werden verändert.

Diese sogenannte Zuwüchse sind nichts mehr, noch weniger, als **Substitutionen**, die, wie mir Jeder gerne zugiebt, nicht zu vermuthen, noch über den Buchstaben auszudehnen sind.

So lange mir also ein mehr zuverläßiger Grund nicht vorgeleget, oder, daß ich aus richtigen in des Entw.
II. Th. S. 411.
selbst anerkannten Sätzen falsch geschlossen hätte, mir nicht dargethan werden mag, werde ich mich stets überzeugt halten, daß das Jus accrescendi bey Erbschaften und Vermächtnissen, im Fall es nicht ausdrücklich vorgeschrieben wäre, zwar römisch, aber nie auf Natur und rechtliche Schlüsse gegründet sey.

Indes-

*) Daher auch in des Entwurfs
II. Th. S. 247. §. 149.
nur die natürlichen Zuwüchse dem Käufer bis zur Uebergabe der verkauften Sache zugesprochen werden.

Indessen scheinen selbst die römische Rechtslehrer eine standhafte Meinung und Ueberzeugung davon nicht gehabt zu haben. Ich schließe dieses besonders aus der Stelle

l. 83. ff. de acqu. vel. omitt. hered.

Hier behauptet Ulpianus ad legem Juliam et Papiam, daß dem eingesetzten Erben, si rogatus sit, hereditatem totam vel ex parte restituere, der Zuwachs nicht gebühre, aus der Ursache, quia rem non videtur habere: Der substituirte Erbe kann ihn auch nicht verlangen, denn dem ist noch nichts erschienen. Conditio nil ponit in esse. Es bleibt also Niemand, als der natürliche Erbe übrig, der darauf Anspruch machen könnte.

Ob endlich, wenn eine Sache Mehrern gemeinschaftlich zum Niesbrauch eingeräumt ist, bey dem Ausfall eines, dessen Antheil den übrigen Niesbrauchern zuwachse, davon habe ich im Entw. d. Pr. G. namentlich nichts gefunden.

* * *

Es ist leicht zu denken, daß mir bey obigen Voraussetzungen über manche ähnliche Stellen des Entwurfs des Pr. G. B. Zweifel aufgestossen sind: dahin gehört insbesondere die Verordnung des

I. Th. I. Abth. S. 215. §. 340.

nach welcher der den Kindern aus einer gerichtlich getrennten Ehe vom schuldigen Ehegatten gesetzlich zur Abfindung bestimmte Pflichttheil, bey dem Tod des einen, den übrigen Kindern zufallen soll.

In Ansehung des unschuldigen Ehegatten, habe ich mir nicht einmal eine entfernte Ursache denken können, warum derselbe von der Hälfte der Erbschaft seines eignen Kindes,

Kindes, das er überlebt, ausgeschlossen, und warum er, weil er sein Recht vor der Obrigkeit gesucht und erhalten hat, durch die verfügte Scheidung nun die natürlichen Erbrechte auf die Verlassenschaft seines Kindes verlieren soll, da der solchergestalt vom schuldigen vormaligen Ehegatten ausgesetzte Pflichttheil der Kinder wahres Eigenthum (§. 337.) wird, und mithin auf die Eltern, als nächste Erben übergeht.

Aber selbst in Ansehung des schuldigen Ehegatten kann ich mich mit der Disposition, daß er des Erbtheils seiner leiblichen Kinder verlustig seyn soll, nicht einverstehen.

Nur uneheliche Kinder werden, nach allgemeinen und im Entwurf bestätigten Grundsätzen, vom Vater nicht beerbet. Den rechtmäßigen ehelichen Kindern kann durch die Scheidung ihr Kindesrecht so wenig, als den Eltern das natürliche Erbrecht ihrer Kinder entzogen werden.

Jura sanguinis nullo jure civili dirimi possunt.

l. 8. de div. Regl. Jur.

Wollte man auch sagen, daß die solchergestalt den Pflichttheil erhaltende Kinder als Abgefundene zu betrachten wären, so findet doch dieses eines Theils in Ansehung des unschuldigen Ehegatten keine Anwendung, und hiernächst können Kinder in einem solchen Fall unmöglich den Abgefundenen gleich geachtet werden, weil

1) sie auf des schuldigen Theils Kosten erzogen werden sollen (§. 53.) Es ist aber billig, daß derjenige, welcher die gesetzliche Last trägt, auch den mehr als gesetzlichen, den durch die Natur begründeten Vortheil nicht entbehre:

2) weil die Kinder durch den vorläufigen Vermögensaussatz des Pflichttheils, von der künftigen Erbfolge der geschiedenen Ehegatten nicht ausgeschlossen werden; (§. 342.) vielmehr, daß

3) bey einer vorseyenden Einkindschaft der aus getrennten Ehen vorhandenen Kinder bey der anderweiten Verheurathung eines der geschiedenen Gatten beyder Eltern Einwilligung eingeholt werden soll.

Bleibt nun die ratio legis, das Verhältniß zwischen Eltern und Kindern unverändert bey Kräften, warum sollte die Dispositio istius nicht beybehalten werden?

Ueberdieses wird das Verbrechen des schuldigen Theils eigentlich an dem unschuldigen Ehegatten begangen, und die Folgen davon erstrecken sich nicht auf das Verhältniß zwischen den Eltern und Kindern, noch darf die einmal bestimmte Strafe des schuldigen Theils durch Verlust der elterlichen Rechte erhöhet werden. Endlich, wenn ich gleich aus den in der Note des Entwurfs S. 168. bemerkten Ursachen, (die doch nur Muthmaßungen und Voraussetzungen sind,) zugebe, daß der schuldige Ehegatte bey Leibesleben seinen Kindern den Pflichttheil auszusetzen gehalten sey, (obschon S. 207. in der Note richtig bemerkt wird, daß der Pflichttheil auf das Naturrecht sich nicht gründe,) so folgt doch daraus noch nicht, daß die schuldige Eltern auch zu noch mehrerm verbunden seyen. Der sogenannte Zuwachs aber, den die übrigen

gen Geschwister von dem verstorbenen erben, ist mehr, als Pflichttheil, der also den Eltern wider ihren Willen füglich nicht entzogen werden mag.

Auf dem schlimmsten Fall, und wenn auch den übrigen Kindern das Eigenthum des dem Verstorbenen Bruder oder Schwester vorhin gehörigen Pflichttheils zuwachsen soll, trage ich dennoch dahin an, daß der Niesbrauch davon auf Lebenszeit den Eltern bleiben möge.

* * *

Mehrern Anschein von Billigkeit hat die Verordnung des Entwurfs

I. Th. I. Abth. S. 222. §. 385.

nach welcher bey **abgefundenen** Kindern in vorwaltender Güter Gemeinschaft die Geschwister einander mit Ausschliessung der Eltern beerben sollen, weil in solchen Fällen auch die Kinder (§. 285.) keinen Antheil mehr an der elterlichen Erbschaft haben, mithin in so fern das Erbschaftsrecht gegenseitig aufgehoben ist. Diese Bestimmungen hingegen gehören zu den statutarischen Verordnungen, davon ich im ersten Aufsatz S. 24. folg. gesprochen habe, die sich freylich so leicht nicht, und nicht überall abändern lassen, darnach aber allgemeine rechtliche Behauptungen nicht gemodelt werden dürfen. Wenn indessen, wie davon im angezogenen §. 385. die Rede ist, in den statutarischen Rechten wegen der Beerbung der

abgefundenen Geschwister mit Ausschließung der Eltern nichts bestimmt wäre, so würde ich doch lieber auf die natürliche Ordnung der Erbfolge zurück gegangen seyn, und dabey am wenigsten (§. 386.) den Eltern die noch **unabgefundenen** Geschwister, welche ihr Erbrecht nicht anders, als durch jene erlangen können, vorgezogen haben; zumal viele deutsche Statuten mit mir einverstanden sind; dieses auch in so fern der Analogie bey Einkindschaften,

(I. Th. I. Abth. S. 246. §. 540. 544.)

gemäs ist.

Uebrigens muß ich hier im Vorbeygehen einer Frage Erwähnung thun, davon zwar im Entwurf des Pr. G. B. nichts vorkommt, welche aber hier zu berühren nicht zur Unzeit seyn wird, nämlich:

> Ob apanagirte Prinzen die bey dem Abgang des einen nachgebornen Bruders oder seiner Nachkommen heimfallende Apanage mit Ausschliessung des regierenden Bruders oder Hauses erben?

Wenn hierbey die Analogie von abgefundenen Geschwistern eintreten soll, so wäre diese Frage zu bejahen; Indessen behaupten doch fast alle Rechtslehrer, selbst diejenigen, welche Apanagen nicht nach den Regeln der Alimente beurtheilen, das gerade Gegentheil.

* * *

Aus eben diesen Gründen ist mir die Bestimmung in des Entwurfs

II. Th. S. 692. §. 237.

ob sie gleich den deutschen Gewohnheiten und Lehnrechten gemäs ist, dennoch bedenklich, nach welcher der Vater von dem seinen Söhnen abgetretenen Lehn ausgeschlossen seyn, und wenn ein Sohn ohne Leibes-Lehnserben stirbt, dessen Antheil den übrigen zufallen soll.

Ich weiß es, bey der Lehre von Lehnen hat die philosophische Jurisprudenz manche Pause. Man findet dabey mehrere Anomalien vernünftiger Grundsätze, da jene unter den Waffen entstanden, und für Krieger abgefasset worden sind: auch hier trifft das Axiom nicht selten ein: inter arma silent leges. Doch wäre es wohl billig, die Vernunft und Natur nach und nach in integrum zu restituiren, oder, wie Kaiser Carl IV. in seinem, den civibus et oppidanis Misniae et Thuringiae ertheilten Privilegio, Ritterlehne zu besitzen, sich bereits vor viertehalbhundert Jahren ausdrückt: aliud statuendi et *rationabiliter* immutandi. Ich würde hierbey aber zur Ungebühr weitläuftig seyn, da alles, was über diese Materie gesagt werden kann,

Walch in Dissert. de Success. Ascend. feudali. Jen. 1767.

zusammen getragen hat. Man prüfe das daselbst vorkommende mit der Critic der reinen Vernunft! Der Fall wird ohnehin äusserst selten vorkommen, und geschieht es, so ereignet er sich bey Leuten, die andre vorher haben um Rath fragen können: sie werden also schon vor der Uebergabe sich bedingen, wie es dereinst wegen des Rückfalls des Lehns gehalten werden soll. Ueberhaupt aber wird die Würkung dieser Verordnung nur bey **ordentlichen** und **alten**, nicht aber bey **Erb**- und **neuerworbenen** Lehnen eintreten können.

IX.

Toleranz.

Was ist Toleranz? Herr Campe *) sagt, die vollkommene Duldung bestehe darinn, daß

dem Geduldeten ganz und gar nichts zu Leide geschehe, daß er der unseligen Nothwendigkeit, ein Heuchler zu werden, überhoben, ihm dargegen erlaubt sey, von den herrschenden Religionsmeinungen öffentlich abzugehen, und die Seinigen öffentlich an den Tag zu legen: daß der Geduldete gegen jegliche Beleidigung intoleranter Mitbürger geschützt und ihm, so lang er die Pflichten eines guten Bürgers erfüllt, sein Antheil an allen Vorrechten und Vortheilen eines guten Bürgers nicht geschmälert noch entzogen werde.

Ist diese Beschreibung richtig, so fehlt noch sehr viel daran, daß in manchen Ländern, wo von der Toleranz so viel Geschrey ist, **) auch mit Grund behauptet werden könne,

*) Ueber die Mittel zur Beförderung der Industrie 2c. Wolfenb. 1786.

**) Viel Geschrey ist nach dem Sprichwort immer eine verdächtige Sache. Die Intoleranz ist gleich dem Jesuitismus, sie läßt gegen sich declamiren, Gesetze geben, und — lebt immer fort, wächst und befestigt sich im

könne, daß allda wahre Duldung herrsche. Man glaubt mit einem gemilderten Verfolgungsgeist genug gethan zu haben, rechnet es sich wohl gar zum Verdienst an, wenn man andre Religionsverwandten nur nicht zum Scheiterhaufen verdammt, oder durch Dragoner niedersäbeln läßt; übrigens aber ihnen höchstens Luft und Wasser zum Gebrauch verstattet: an eine völlige bürgerliche Gleichheit, an die Theilnahme verdienter Ehrenstellen u. d. gl. ist nicht zu denken. Man prüfe darnach die Toleranzanstalten des nun verewigten Kaiser Josephs II. und das Betragen seiner Unterthanen.

Jener giebt uns einen neuen Beweiß an die Hand, wie so sehr verschiedene Folgen und Würkungen der menschliche Geist aus einem Grundsatz herleiten könne. Er, der, wenn man es bey Licht besieht, den Protestanten nur eine sehr eingeschränkte Duldung angedeihen ließ, (vielleicht aus Staatsklugheit nicht durfte) der den sogenannten Deisten in Böhmen würklich hart und grausam begegnete, konnte auf der andern Seite so weit gehen, Juden die Fähigkeit zu erblichen!! Standeserhöhungen zuzusprechen, und ihnen die Befugniß einzuräumen, adeliche Güter nebst der Landstandschaft zu erwerben. Dieses Vorrecht wird im Preußischen nicht einmal den Mitgliedern der herrschenden Kirche zugestanden, wenn sie nicht vom Adel sind, oder allerhöchste Erlaubniß ausgebracht haben.

Aber was wollen wir sagen? Aller gerühmten und wahren Aufklärung dieses Jahrhunderts, aller gerühmten Duldung gegen fremde Religionsverwandten ungeachtet,

im Stillen. Wehe, wenn beyde dereinst, gleich eingeschlossenen Dämpfen, mit verstärkter Gewalt hervorbrechen sollten!

achtet, finden sich noch Spuren der finstersten Zeiten fast überall. Ich glaube, daß es noch jetzt so gut, wie vor hundert Jahren, große Städte giebt, wo es mindre Schwierigkeiten setzen würde, ein Bordell zu errichten, als den Anhängern andrer Lehrmeinungen einen Versammlungsort zu ihren gottesdienstlichen Handlungen einzuräumen. *) Man erinnert sich an die Schwierigkeiten bey Einführung zweckmäßiger A. B. C. und Gesangbücher, bey Abschaffung der Ohrenbeichte, an den Zwang der Protestanten, nicht nur Lehrer der Religion, und Diener des Staats, deren Amt auf die öffentliche Gottesverehrung Beziehung hat, sondern auch, freylich widersinnig genug, sogar Bothen und Thorschreiber auf die symbolischen Bücher zu verpflichten, davon sie in ihrem Leben nichts gesehen noch gehört, und am wenigsten Beruf haben, andre nach deren Vorschriften zu unterrichten. Der Baron von Hund, der bekanntlich zu Meiningen starb, und den alle Leser aus den St. Nicaisischen und Anti St. Nicaisischen Streitigkeiten kennen werden, hatte sich soweit über die gewöhnliche Denkungsart weggesetzt, daß er sich bis zum letzten Hauch Musik machen ließ; und wollte doch an einem römischcatholischen Ort, in geweihtes Erdreich, zu Melrichstadt, begraben seyn!

Ich will es in manchem protestantischen Land, selbst da, wo man die Toleranz täglich im Munde führt, Niemanden rathen, ohne Erlaubniß des Consistorii eins der Seinigen im Garten begraben zu lassen, obgleich die Erde überall des Herrn ist. **)

Und

*) S. Salzmann in der Vorrede zum 2ten Theil der Gottesverehrungen.

**) Wenigstens glaubte in unsern Tagen ein gewisser General-Superintendent einem nicht im Ruf der Ortho-
doxie

Und wenn auch das Consistorium vernünftigere Grundsätze hegte, was würde der vornehme und niedrige Pöbel dazu sagen? Das Geringste würde die Nachrede seyn, der Neuling sey ein Religionsverächter.

Wer würde es, ausser den Preußischen Landen, wagen, die Heiligkeit der Kirchen mit jener der Meilenzeiger in einen Rang zu ordnen? *) und gleichwohl, obschon den Kirchhöfen (Gottesäckern, Begräbnißplätzen) im Entwurf nicht die geringste Heiligkeit beygelegt wird, so soll es doch nicht erlaubt seyn, ohne Vorwissen der **geistlichen Obern** die Leichen anderswohin, als auf den öffentlichen Kirchhof zu begraben. **) Ich hätte gemeinet, an dem Verbot, daß keine Beerdigung in Kirchen und bewohnten Gegenden der Städte geschehen sollte, wäre es genug; ***) und darüber gebührete die Aufsicht derjenigen Obrigkeit, die alle übrigen Polizeygeschäfte zu besorgen hat. Es ist nicht anders:

Sollt aller Irrthum ganz verschwinden,
So wär es schwer, ein Mensch zu seyn.

Gellert.

Immer

doxie stehenden Höfling (freilich inter epulas) wehe zu thun, da er ihm die Grabschrift stellte:

„Dem Leib ein Räumlein gönn
„Fern von der Christen Grab,
„Auf daß er seine Ruh,
„Bey Zwetschchenbäumen hab!!

*) S. Entw. d. Pr. G. B. I. Th. III. Abth. S. 241. §. 182.

**) Ebendas. I. Th. II. Abth. S. 411. §. 160.

***) l. c. §. 159.

Immer wird es eine der schönsten Juwelen in Friedrichs II. Diadem bleiben, allein hinlänglich, seinem Namen die Unsterblichkeit zu versichern, daß er jeden, der die Ruhe des Staats nicht störte, und sich als ein guter Mitbürger verhielt, sogar Unitariern, Socinianern, Jesuiten ꝛc. fortdauernd und standhaft nicht nur duldete, sondern ihn auch gegen die Zudringlichkeiten andrer schützte, und ihm den größten Theil der zu Anfang dieses Aufsatzes bemerkten Vortheile der Toleranz angedeihen ließ.

Glücklich sein Volk, auf das diese gemäßigte Denkungsart übergieng! eine Sache, die Josephen in den meisten seiner weitläuftigen Staaten fehlschlug.

Da also im Preußischen, wenn ich mich so ausdrücken darf, die Hauptloge der duldsamen Gesinnungen und einer vernünftigen Religionsfreyheit ist, so konnte man erwarten, im Entwurf des allgemeinen Gesetzbuchs solche Vorschriften anzutreffen, dadurch die Dauer derselben gegründet und gesichert wird, doch aber die Staatsbürger von der Störung der öffentlichen und Privat-Sicherheit und Ruhe, selbst wenn sie unter dem Deckmantel der Religion geschehen sollte, möglichst abgehalten werden. Und diese Vermuthung ist eingetroffen. Solche Vorschriften finden sich in des Entwurfs

I. Th. II. Abth. S. 391. folg.

—— III. Abth. S. 243. folg.

II. Th. S. 15. §. 11. und an andern Orten mehr.

Mag doch nun ein neidischer Jude seine Nachkommen von seiner Erbschaft ausschließen, *) im Fall sie zur

*) S. allgem. deutsche Bibliothek 87. Band S. 119.

zur christlichen Religion übergiengen: er wird ihnen dadurch nicht schaden, wenigstens den Pflichttheil ihnen nicht entziehen können.

Und doch habe ich geglaubt, daß nachstehende Bemerkungen nicht ganz überflüßig wären. Desto besser, wenn ich hierunter geirrt hätte!

* * *

In des Entwurfs

I. Th. III. Abth. S. 243. §. 194.

ist geordnet, wie Störer des öffentlichen Gottesdienstes anzusehen seyn. Hierbey wird ihnen unter andern die **fernere Betretung des Orts**, wo sie den Unfug begangen haben, bey Vermeidung drey bis sechs monatlicher Zuchthausstrafe untersaget. Werden hierbey fremde, zu der beleidigten Religionspartheү und zu der Kirchengesellschaft des Orts nicht gehörige Personen verstanden, so ist nichts dargegen einzuwenden: Sie haben in den Versammlungshäusern andrer Religionsverwandten nichts zu suchen; ihre bloße Erscheinung würde das Andenken an die vorige Frevelthat und an die wahre oder geglaubte Entheiligung erneuern und Eindrücke verursachen, die der Absicht der religieusen Zusammenkunft zuwider sind.

Aber diese Störung des öffentlichen Gottesdienstes, oder wörtliche und thätliche Beleidigung der in ihren Amtshandlungen begriffenen Lehrer kann auch von Mitgliedern eben derselben Kirche begangen werden. Sollen diese den zur Gottesverehrung gewidmeten Ort auf immer meiden? Das wird sich allenfalls in großen mit mehrern Kirchen versehenen Städten, anwenden lassen; schwerlich hingegen in kleinen Orten, Flecken und Dörfern, wo nur eine einzige Kirche ist. Die Verbrecher

würden

würden auf diese Weise alles religiösen Unterrichts entbehren oder stundenweit darnach reisen müssen: ihre Strafe würde sich dadurch ungemein erhöhen, und sie, unter einem andern Namen, gewissermaßen mit dem Kirchenbann belegt werden, und daß dieser auf unsre Zeiten nicht mehr passe, das bedarf wohl keines Beweises. Ueberdieses ist ja wegen der Wiederholung eines solchen Verbrechens im §. 196. hinlängliche Vorsehung geschehen.

Die im §. 197. bestimmte öffentliche Abbitte des Verbrechers vor der Gemeine bezieht sich wohl blos auf Mitglieder derselben, und sieht, nach meiner Meinung, einer Kirchenbuße ebenfalls sehr ähnlich; wenigstens ist, wie ich glaube, alles nachtheilige derselben von dieser Abbitte zu fürchten; und das Gute? —— ist doch wohl nur Problem. Sollte wohl derjenige, welchen die im §. 196. festgesetzte ein bis zweyjährige Zuchthauß oder Festungsstrafe von der Wiederholung des frevelhaften Unfugs nicht abhält, diese öffentliche Abbitte scheuen?

Andre hingegen, die nicht zu der Religionsparthey gehören, werden sich, sie müßten denn vom Stande seyn, oder die niedrigen Classen des Volks müßten mehr zur Ehrbegierde erzogen werden, als gewöhnlich geschieht, aus dieser Abbitte noch viel weniger machen. Es ist mit einem Mal Alles vorbey.

Die Entweihung gewisser Religionshandlungen, oder der zum Gottesdienst bestimmten Sachen zu vermeintlichen Zaubereyen und andern Gauckeleyen, deren im §. 198. Erwähnung geschiehet, ist nach meinem Bedünken mit vier bis acht wöchentlichen Gefängniß oder Zuchthauß zu hart bestraft. Man siehet in Vergleichung mit dem nächstfolgenden §., daß hier nur von solchen Fällen die Rede sey, wo die Verbrecher aus Irrthum oder Schwäche der Einsichten fehlen. Dieses ist an sich kein

Verbrechen. Man belehre sie also, wie im §. 195. und 201. vorgeschrieben ist, eines bessern, belege sie allenfalls bey der Wiederholung mit der Achtlosigkeit auf etliche Monate, und belache oder bedaure ihre falsche Einbildung oder ihren Aberglauben, je nachdem man sich selbst oder die abergläubische Irrenden in der Laune oder Umständen befinden. Ich überzeuge mich, je ernsthafter dergleichen Alfanzereyen behandelt werden, desto tiefere Wurzeln schlagen sie; desto hartnäckiger werden die Urheber, und desto mehr entstehen Proselyten.

Ich möchte eben dieses von den Sectenstiftern aus Unwissenheit und Schwärmerey behaupten, von denen der §. 201. handelt. Ich denke zu gut von meinen Mitmenschen, als daß ich mich zu überzeugen vermöchte, eine auf Geringschätzung der Gottheit, Ungehorsam gegen vernünftige Gesetze, Untreue gegen einen wohleingerichteten Staat, oder auf Verleitung des Volks zu Lastern abzweckende Secte, könne von Erfolg und Dauer seyn. *)

Bey

*) Eben da ich diesen Aufsatz zur Uebergabe in die Presse nochmals durchgehe, finde ich im neuen Museo, Monat Dec. 1789. Nr. 4. folgende, meine obige Meinung bestätigende Stelle:

„Es ist unmöglich, daß eine fortdauernde Gesellschaft „böse, lasterhafte, oder sträfliche Zwecke zu hegen vermag. Viele Menschen, Gesellschaften von Menschen, zu bösen Handlungen zu verführen, dazu „ist nöthig, ihre Leidenschaften in Bewegung zu „setzen. In der Leidenschaft muß das Böse geschehen, worzu man andre verführen will, oder es geschieht nicht. Diese aber erhalten sich niemalen „lange im nöthigen Feuer. — Und ist der Rausch „verpflogen, so bemächtigt sich das Gewissen, d. i. „das

* * *

Bey der Stelle des Entwurfs

I. Th. I. Abth. S. 41. §. 23.

Nach welcher Christen mit solchen Personen keine Heurath sollen schließen können, welche nach den Grundsätzen ihrer Religion den christlichen Ehegesetzen sich zu unterwerfen behindert werden, will ich nicht wiederholen, was Hr. Schlosser in seinen Briefen über die Gesetzgebung S. 270. hierbey angemerkt hat. Es wird bey jener Stelle vermuthlich vorausgesetzt, entweder, daß die Ehe mehr, als ein bürgerlicher Vertrag, oder wenn dieses nicht ist, daß solcher Vertrag wegen seiner Schädlichkeit für den Staat nicht von Kräften seyn könne. Ersters möchte ich nicht gerne behaupten, so sehr auch dabey manchen Consistoriali die Ueberbleibsel des Sacraments bey Ehen im Kopf und am Herzen liegen: Die Verfasser des Entwurfs wenigstens sind davon ganz frey. Und da ich mit fremden Glaubensgenossen andre Verträge gültig abschließen, ja mich in eine länger oder kürzer dauernde Gesellschaft einlassen kann, so sehe ich an und vor sich keinen Grund, warum wegen der ehelichen Verbindung eine Ausnahme nothwendig sey.

Wenn diese hiernächst für den Staat schädlich geachtet wird, (worgegen sich jedoch vielleicht Vorbeugungsmittel ausfindig machen ließen) so wäre auch eine Strafe auf deren Schließ- und Eingehung zu setzen gewesen, davon ich doch im Entwurf nichts finde. Solche Ehen werden darinn blos vom Anfang an für nichtig gehalten;

 dahin-

„das Nachdenken und die Vernunft, wieder des Ruders, und die beabsichtigte That wird nicht vollendet.“

dahingegen sie nach der Meinung des Kaisers Valentiniani und Consorten, wie sonst ein Ehebruch, bestraft wurden.

Da der Fall, gegen den das ganze Corpus theologicum laut schreyen, und Himmel und Erde bewegen würde, außer Preussen gar nicht, und dort selbst unter keiner andern Gestalt (wegen ermangelnder priesterlichen Trauung) vorkommen kann, als wenn allenfalls ein vornehmer Christ mit einer schönen Jüdin eine Ehe zur linken Hand eingehen wollte; so enthalte ich mich billig, mehr davon zu gedenken, und wünsche nur, daß die auf den unehelichen Beyschlaf zwischen Juden und Christen außer den Preußischen Staaten, nach gemeinen Rechten gesetzte härtere Strafe hiernach gemildert oder vielmehr aufgehoben werden möge; worunter bekanntlich hin und wieder die Catholiken uns so aufgeklärt sich dünkenden Protestanten zuvorgekommen sind. *)

* * *

Es ist bekannt, daß in ältern Zeiten der Haß gegen die Juden sehr weit gieng. Kein Jude durfte seine Forderung an einen Christen abtreten, um sie gegen mitchristliche Religionsverwandten auszuklagen, weil der Christ und das damals mit Recht, für mächtiger, als der Jude geachtet wurde, alle Cessio in potentiorem hinge-

*) Der Fall wäre, meines Bedünkens, doch hier mit zu nehmen gewesen, ob, wenn z. B. eine jüdische Ehefrau zur christlichen Religion in der Folge sich wendete, ohne daß der Mann ein gleiches thäte, sie oder er auf die Ehescheidung zu klagen berechtigt sey? Wenn diese Ehegatten freywillig beysammen bleiben wollen, so würde ich solches in keinem Fall hindern.

hingegen gesetzlich verboten war. Heut zu Tage könnte an manchen Höfen und Gerichtsstühlen der Fall umgekehrt eintreffen. Wenigstens dachten die Rechtslehrer bald milder, oder vielleicht wirthschaftlicher, und ließen die Cessionen der Forderungen schutzverwandter Juden an Christen zu, obschon das Gesetz selbst keine Ausnahme machte; und heut zu Tage wird fast nirgends mehr, selbst bey den höchsten Reichsgerichten nicht, nach dem Unterschied gefragt. *)

Das Verbot der Cessionis in potentiorem ist ohnehin die sonderbarste Sache. Ein Bekenntniß, daß man sich nicht getraue, Mächtigere den Würkungen der Gesetze unterwürfig zu machen. Das deutlichste Geständniß der Schwäche des Staats und dessen Verfassung.

Ueberdieses enthält es einen wahren Widerspruch. Wenn der Mächtige würklich soviel Gewalt besitzet, daß die Würkung der Gesetze ihn nicht erreicht, so wird er sich auch an das Verbot nicht kehren, daß ihm minder Mächtige ihre Forderungen nicht abtreten sollen. Ist aber Recht und Gerechtigkeit im Lande, so mag der Schuldner immerhin ein unmächtiger von Tsammer oder

*) Die ältern Juristen sahen zwar das Unbillige dieses Gesetzes ein, und ermächtigten sich, es durch Ausnahmen aufzuheben. Sie verfehlten aber des rechten Gesichtspunkts, aus dem die Sache angesehen werden muß. Wenigstens der von dem

a Pufendorf Tom. II. Observ. 158.

angegebene Grund, warum Cessiones der Juden an Christen zu erlauben wären, ist so seicht, als sonderbar: quia aliter concessa negotiandi facultas ab iis commode exerceri nequeat. Aus dieser Quelle ließe sich vieles herleiten.

die armseelige Gemeinde zu Kleinwirsewitz, ja wohl ein armer Jude seyn, ihnen werden gegründete Einwendungen und würkliche Rechte, selbst gegen das Verdienst des gewaltigen Großcanzlers von Carmer, nicht geschmälert noch entzogen werden. Aus diesem Grund sind die Cessionen der Juden an Christen in des Entwurfs

II. Th. S. 283. §. 369.

mit Recht als gefährlich für den Schuldner nicht geachtet worden.

Indessen so viel auch der Preußische gelehrte und menschenfreundliche Schriftsteller Herr von Dohm zum Vortheil der Juden gesagt hat, so haben die Verfasser des Entwurfs den Unterschied zwischen ihnen und den Christen doch nicht ganz vergessen können. Ich rede hier nicht davon, ob überhaupt der Staat wohl thue, Juden aufzunehmen, ein Volk, das seiner ursprünglichen Verfassung nach, zu einem eignen von den übrigen abgesonderten bestimmt war, und das hiernächst durch die von ihm angenommenen schwerlich auszurottenden Vorurtheile und durch mancherley Aberglauben einer Verbesserung fast nicht fähig, überdieses in christlichen Staaten und vorjetzt blos zur consumirenden Gattung zu rechnen ist, auch sich dadurch sowohl, als weil sie zu Kriegsdiensten nicht zu brauchen sind, unverhältnismäßig zum Schaden der producirenden Classe vermehrt; ich sage, es ist meinem Zweck entgegen, hiervon weitläuftig zu sprechen: aber, wenn nun einmal der Staat den, wie ich einstweilen annehme, falschen Schritt gethan, Juden aufgenommen, und sie dadurch als Mitbürger anerkannt hat, so sollte er ihnen auch, wie ich glaube, alle Rechte der übrigen angedeihen lassen, und um Lehrmeinungen willen, welche auf das bürgerliche Gewerbe so viel oder wenig, als die verschiedene Gesichtsfarbe oder Haare, eine wesentliche Beziehung haben, ihre Bedingungen nicht

schlimmer machen; zumal wenn sie sich, wie fast stets der Fall ist, diesen Schutz überhaupt bey ihrer Aufnahme, oder alljährlich durch schwere Abgaben haben erkaufen müssen.

Hiergegen findet sich die Stelle in des

Entw. I. Th. II. Abth. S. 125. §. 375. folg.

wo verordnet ist, daß

1) Handelsbüchern der Juden nur alsdann eben die Beweißkraft, welche Handelsbüchern der Christen zugestanden wird, beygelegt werden soll, wenn jenen die Rechte christlicher Kaufleute verliehen worden sind: ausserdem soll sich diese Kraft

2) nur von der Zeit der Annahme der christlichen Religion, oder

3) nur gegen jüdische Glaubensgenossen, oder

4) in auswärtigen Wechsel- und Fabric-Geschäften äußern.

Von jedem will ich meine Meinung zur Prüfung vorlegen. Bey der ganzen Verordnung wird

1) ungezweifelt voraus gesetzt, daß Juden in ihren Geschäften mit Christen betrüglich zu Werk zu gehen, sich gewöhnlicher Weise kein Bedenken machen. Wenn aber dieses Grund hat, so wird es durch die von ihnen entweder für Geld oder ex beneplacito principis erlangten Rechte der christlichen Kaufleute gewiß nicht aufgehoben. In der That, die Fürsten oder Regierungen würden mehr als allmächtig seyn, wenn sie Betrüger in Rechtschafne umwandeln könnten!

Eben dieses gilt

2) vom Uebertritt der Juden zur christlichen Religion.

gion. Ich behaupte nicht, daß es keine Fälle gebe, wo diese Veränderung aus Ueberzeugung und mit gebesser- tem Herzen geschähe: aber Jedermann gesteht mir zu, daß sich das Gegentheil weit öfter zuträgt. Man erin- nert sich an den Spott des seeligen Hommels in seinen Rhapsodieen,

Observ. 211. p. m. 354.

> Judaeus hodie baptizatus ad verum dicendum heri parum erat habilis, sed hodie, o rem mi- rabilem! subito fit idoneus! — in una hora mendax per aspersionem aquae veridicus evadit!

Ich denke die Anwendung dessen, was hier vom Zeug- niß gesagt wird, auf die Handelsbücher wird nicht schwer und unbedenklich seyn.

3) Wer einmal Betrügereyen sich eigen und gleich- sam zum Handwerk gemacht hat, der wird, wie nur be- merkt worden ist, so leicht nicht davon ablassen, und am Ende seine Glaubensgenossen so wenig als andre schonen. Oder, kennen meine Leser keine zur christlichen Religion äußerlich sich bekennende Kauf- und Handelsleute, die ihre Nebenchristen betrügen? Ohnehin sind ja schon ge- gen Betrügereyen, und deren Wiederholung zureichen- de Vorschriften im Entwurf vorhanden, und den etwani- gen Mängeln wird durch das Gesetzbuch selbst ungezwei- felt abgeholfen werden.

Freilich habe ich, und bekanntlich mehrere Rechts- gelehrten, itidem boni viri, in Ansehung der Beweiß- kraft der Handelsbücher überhaupt, sie mögen von Chri- sten oder Juden geführt seyn, eine abweichende Mei- nung. Doch wenn auch die ihnen mehr durch Gewohn- heit und Aussprüche der Rechtslehrer, als durch aus- drückliche Gesetze beygelegte halbe Beweißkraft, sowohl wegen

wegen der Richtigkeit des Geschäfts, als des Quanti, des Preißes und der Beschaffenheit der Waaren, ihnen bleiben soll, so wünsche ich doch, daß dieses sich nur auf Geschäfte unter Kaufleuten erstrecken möchte. In Rücksicht auf andre Leute sind, nach meiner Ueberzeugung, Handelsbücher nichts anders als Privat-Scripturen, und können nicht mehr Beweißkraft haben, als die Calender und Haushaltungsbücher jedes Handwerkers oder andern ehrlichen Mannes. Zwar bescheide ich mich gern, daß ich, der ich seit zwölf Jahren in einer Einöde lebe, vom Commercio, das ich nur oberflächlich aus Büchern kenne, nichts sagen kann; indessen sehe ich doch kein Hinderniß, warum Kaufleute nicht das Conto über abgegebene Waaren bey Einheimischen sofort, oder doch nach einigen Tagen vom Käufer unterschreiben lassen könnten. Bey Auswärtigen kann ohnehin die Lieferung durch den Brief, worinn die Waaren verlangt worden, durch die Postscheine und Zeugnisse der Fuhrleute und Wagmeister halb oder völlig erwiesen werden. Im äußersten Fall würde ich die Beweißkraft der Handelsbücher nur auf eine kurze Zeit, etwa eines halben Jahres einschränken. Es ist immer des Kaufmanns Schuld, wenn er bis dahin auf die Bezahlung nicht geklagt, noch dafür gesorgt hat, daß das Waaren Conto anerkannt werde: *) und auf diese Weise lassen sich auch die verschiedene Meinungen fixiren, über die Frage, von welcher Zeit an der Kaufmann von den verkauften Waaren Zins fordern könne? nämlich nach meiner Ueberzeugung von dem Tag an, da er entweder geklagt, oder der Käufer den Empfang bekannt hat, wenn nicht ein anders im unterschriebenen Waaren Conto bedungen ist.

*) S. hierüber Mulleri Observat. ad Leyser. Tom. III. Observ. 481.

4) Auch in Ansehung dieses Punkts, daß nämlich die Beweißkraft der jüdischen Handelsbücher in auswärtigen Wechsel und Fabrikgeschäften sich gültig äussern soll, denke ich in so ferne verschieden. Wenn Juden würklich für Betrüger allgemein zu halten sind, so daß man ihrentwegen die größte Behutsamkeit anwenden muß, so ist dieses besonders in Rücksicht auf Wechsel-Angelegenheiten zu beobachten, ohne welche der auswärtige Handel, daran doch allgemein zugestandenermaßen so sehr viel gelegen ist, nicht bestehen kann, und dabey ein Betrug leichter als bey einheimischen möglich ist. Werden hiernächst Fabrik-Waaren in- oder ausserhalb Landes verdächtig, so leidet deren Vertrieb gewiß, es mag diese oder eine andere Ursache an jenem Verdacht schuld, er durch Christen oder Juden veranlaßt worden seyn.

Eben da ich dieses niederschreibe, lese ich in den Zeitungen von einer in den Preußischen Staaten zu erlassenden Verordnung, nach welcher Juden in allen Stücken künftig den Christen gleich gehalten werden sollen. Kommt sie würklich zu Stande, so erhalten meine Erinnerungen ein neues Gewicht. Alsdann werden bey der Verfallzeit der Wechsel die Feiertage den Juden eben so, wie den Christen die ihrigen zu gut kommen:

Entwurf I. Th. II. Abth. 159. S. 603. §.

und die ebendaselbst §. 607. angeführte Breßlauer Wechselordnung wird eine Veränderung leiden. Juden werden, wenn sie Münzen beschneiden, abfeilen, und verringern nicht härter, als christliche, dieses Namens unwürdige, Religionsverwandte bestraft werden:

Entwurf I. Th. III. Abth. S. 253. §. 241.

desgleichen, wenn sie Wucher treiben:

ebendas. S. 391. §. 1030.

nicht

nicht minder bey versuchter Verfälschung der Urkunden

S. 406. §. 1115.

bey muthwilligen Bankeruten und unbesonnenen Unternehmungen

§. 1171. folgl. 1182.

beym wissentlichen und unvorsichtigen Einkauf oder Pfandnehmung gestohlener Sachen

S. 386. §. 1003. §. 1006. *)

wenn sonst bey Begehung dieser Verbrechen die Moralität bey Juden nicht größer ist, als bey Christen. Dem Staat sind sie, es mag sie begehen, wer will, gleich schädlich. Bey Christen ist, wenigstens vorjetzt, da ihnen alle Nahrungszweige und Erwerbmittel unverwehrt sind, die Moralität gemeiniglich größer: Juden müssen oft aus Noth zu verbotenen Dingen schreiten.

* * *

Daß nach des Entwurfs

I. Th. Abth. III. S. 96. §. 105.

fremde Religionsverwandten nicht zu Vormündern bestelle

*) Die Disposition des zuletzt bemerkten §.:

„Wird der Jude zum zweytenmal auf einer solchen „Uebertretung betroffen, so soll, wenn er auch der „Wissenschaft nicht vollständig überführt werden könn„te, dennoch mit der ordentlichen Strafe wider ihn „verfahren werden.„

kann leicht und zu jeder Zeit die hier wohl nicht beabsichtigte Gelegenheit geben, den Judenschutz mit Manier zu widerrufen oder doch Geld zu erpressen.

stellt werden sollen, dies möchte der einzige Fall seyn, wo die Unduldsamkeit nicht zu weit getrieben wird. Vormünder haben die Erziehung ihrer Pfleglinge zu besorgen, und es ist wohl gethan, alle Gelegenheiten zu vermeiden, wodurch schwache Kinder verleitet werden könnten, vor erlangten Jahren und Verstand Meinungen zu fassen, die mit der Religion ihrer Eltern nicht übereinkommen. Ich würde daher diese Verordnung auch auf verschiedene Secten einer und ebenderselben Religion ausdehnen; jedoch unter der Voraussetzung, wenn solche Vormünder die Erziehung ihrer Pflegbefohlnen zu besorgen haben; denn, wenn nur von Verwaltung des Vermögens die Rede ist, so tritt die Disposition des §. 106. ein, wiewohl ich in diesem Fall nur dem Erblasser, keinesweges aber dem Richter verstatten würde, fremde Glaubensgenossen zu Curatoren zu ernennen.

* * *

So sehr ich aber dafür bin, daß andre Religionsverwandte den Mitgliedern der herrschenden Kirche in bürgerlichen Geschäften gleich geachtet und gehalten werden, so möchte ich doch jenen nicht mehr Vortheile als diesen einräumen. Ich kann mich daher mit der Vorschrift des Entwurfs d. Pr. G. B.

II. Th. S. 321. §. 605. folg.

nicht wohl einverstehen.

Kaufleuten soll nach derselben sechs, und Juden

acht

acht vom Hundert Zinsen und Conventionalstrafen zu nehmen, und sich zu bedingen erlaubt seyn, indessen sollen Juden, welche die Rechte christlicher Kaufleute erlangt haben (§. 606.) auch hiernach beurtheilt werden, d. i. wie ich es verstehe, nach Erlangung dieser Rechte nicht mehr als sechs vom Hundert Zinsen ꝛc. verlangen dürfen.

Diese letztere Vorschrift wird nun nicht viel Juden anlocken, die Rechte christlicher Kaufleute sich zu erwerben, und eben so wenig die christliche Religion anzunehmen, wenn anders diese Rücksicht bey der Gesetzgebung in Betrachtung kommen kann. Außerdem da vermuthlich wegen der Gefahr und der Wage (Risico) sowohl, als wegen des bey Umsetzung des Geldes zu hoffenden größern Gewinns Kaufleuten höhern Zins zu nehmen erlaubt wird, warum kann bey einerley Ursache nicht einerley Würkung statt finden, zumal da in Ansehung der Conventional-Strafen im §. 609. Kaufleuten und Juden völlig gleiche Befugnisse eingeräumet werden, und diese Strafen am Ende nichts anders, als Zinsen unter anderm Namen sind?

* * *

Noch ein, obgleich im eigentlichen Verstand nicht hieher gehöriges Ueberbleibsel der Intoleranz findet sich in den meisten Prozeßordnungen! Ein Beweiß in Rechtfertigungen zwischen Juden und Christen soll zum Nachtheil der letztern nicht vollständig seyn, wenn nicht ein

Christ

Christ und zween Juden gleichstimmig bezeugt haben. Also ein Christ und ein Jude machen drey Viertel eines Beweises, so wie, lächerlich genug, Freund Goldsmith *) die Knixe eintheilt. Ich würde es für eine unnützliche und unnöthige Anrufung des göttlichen Namens [illegible]hten, wenn in solchen Fällen jemand auf den Erfüllungseid erkennen wollte, und der Reinigungseid kann vollends gar nicht statt finden. **)

*) Im Dorfprediger von Wackefield.

**) S. hierüber Hommel. Rhapsod. Observ. 210. Regl. 10. et Obs. 211. sub tit. haeretici & judaei: ingleichen Observ. 896.

X.

X.

Vom Näherrecht.

Wenn ich in den von mir im Jahr 1786. herausgegebenen **Vorschlägen zu Abkürzung der Prozesse** S. 53. äusserte, daß das sogenannte Näherrecht nach allen seinen Gattungen schädlich sey, und daher abgeschafft zu werden verdiene; so habe ich damit nichts neues behauptet. Schon vor anderthalb tausend Jahren dachte man eben so.

> *Gravis* haec videtur *injuria*, — ut homines de rebus suis facere aliquid cogantur inviti &c. l. 14. Cod. de contrah. emt. &. vendit.

Kaiser Justinian und die Verfasser seiner allgemeinen Gesetzsammlung billigten jenen Satz durch dessen Aufnahme in solche.

In Deutschland konnte in den ältesten Zeiten ein Näherrecht nicht statt finden. Man hatte weder Landeigenthum noch Geld: *) was oder womit hätte also eine Sache können retrahirt werden? Nachher, als die Franken

*) S. Schmidts Geschichte der Deutschen I. B. XII. Capitel.

Heinrichs deutsche Reichsgeschichte I. B. S. 256.

ken Gallien schon erobert hatten, und einen Staat ausmachten, war jeder freye Mann über das Seinige so unumschränkter Herr, daß selbst der König nichts drüber zu sagen hatte, und es nur bey jenem stand, Töchter, selbst in Saalgütern zu Erben einzusetzen, davon sie doch ordentlicherweise und nach einer bis auf den heutigen Tag erhaltenen Gewohnheit ausgeschlossen waren; zum richtigsten Beweiß, daß bey der Veräusserung **eigenthümlicher** Güter damals noch an keinen Näherkauf zu denken war. Bey **Lehngütern** konnte die Rede noch weniger davon seyn. Diese waren jener Zeit noch nicht erblich — waren blos, was wir Besoldung nennen, darauf höchstens Anwartschaften gegeben werden konnten.

Wie man bey diesen Umständen, da bey den überwundenen Völkern (Römern) der Vorkauf gesetzlich nicht angenommen war, und die deutschen Völker so sehr auf ihre Befugnisse und alten Gewohnheiten hielten, dennoch auf diese lästige Sache verfallen mögen, darüber wallten bekanntlich in der Geschichte des Rechts verschiedene Meinungen vor, die man in **Walchs Abhandlung vom Näherrecht** nachlesen kann. *)

Ich

*) Aus demjenigen, was dieser fleißige Schriftsteller, mein ehemaliger Lehrer, S. 20. aus dem Sidonius Apollinaris anführt, fließt indessen nach meiner Einsicht nicht, was damit wahrscheinlich gemacht werden soll, daß nämlich schon zu den Zeiten der Fränkischen Könige das Näherrecht bekannt gewesen sey, weil damals für Jemanden, welcher ein Stammgut wieder an sich bringen wollte, eine Fürbitte eingelegt worden war. Ich besitze den Sidon. Apollinar. nicht, kann also auch nicht behaupten, was aus dem ganzen Zusammenhang der Stelle zu folgern sey. Doch schließt man sonst gewöhnlich: wozu

ich

Ich glaube Grund dazu zu haben, wenn ich der Meinung derjenigen beytrete, welche diese Einrichtung aus der mit dem Christenthum bekannt und in so ferne beliebt gewordenen ehemaligen jüdischen Verfassung herleiten. Fließen nicht aus eben dieser Quelle die Salbung der Könige, die Abgaben der Zehnden an die Geistlichen u. d. gl. her? Man weiß, wie ungelehrt der alte Deutsche war. Bey Abfassung der Gesetze, die aus Gewohnheiten entstanden, *) mußten nothwendig Gelehrte, d. i. in jenen Zeiten, Geistliche zugezogen werden. Diese, die für das erloschene römische Recht so wenig, als für die Freyheit des Eigenthums einen Sinn hatten, rechneten es sich wohl gar zum Verdienst an, wenn sie die jüdischen Sonderbarkeiten auf Deutschland übertragen konnten. Denn da sie sich selbst an die Stelle der Priester und Leviten setzten, und so viel Blut vergießen ließen, um in solcher Rücksicht die Zehnden zu erhalten; so war es gewißlich kein Wunder, wenn sie auch die übrigen Einrichtungen des jüdischen Staats auf Deutschland anzuwenden versuchten. Diese mußten ih-

ich vermöge der Gesetze ohnehin berechtigt bin, dazu bedarf ich keiner Fürbitte. Diese findet nur bey Ausnahmen vom Gewöhnlichen statt, und beweiset vielmehr das Gegentheil dessen, was damit erwiesen werden soll.

*) S. Schmidts Geschichte der Deutschen IV. B. 9. Cap.

Diese Behauptung wird um desto wahrscheinlicher, je gewisser es ist, daß man selbst zu den Zeiten der Sächsischen Kaiser noch wenig von Gesetzen wußte, sondern nach Gewohnheiten der Richterstühle urtheilte. Diese Richter waren in den damaligen höchst unwissenden Zeiten von den Mönchen und der Geistlichkeit völlig abhängig.

rer Meinung nach vortreflich seyn, da gleichwohl die Juden das auserwählte Volk Gottes gewesen waren.

Indessen ist alles, was wir von jenen und den Zeiten der folgenden Jahrhunderte wissen, blos Vermuthung. Wir können nicht genau angeben, ob das Näherrecht allgemein, und unter welchen Einschränkungen es da, oder dort nach und nach eingeführt wurde. Selbst die lange nachher errichtete Sanction Kayser Friedrichs II. bezog sich schwerlich auf Deutschland, *) und steht mit sich selbst nicht im Einklang. In derselben ist zwar vom communi agro, domo, vinea et re immobili divisa vel indivisa — in omni civitate et provincia die Rede: Doch sollen die bemerkte Stücke conjunctim, d. i. in Gemeinschaft besessen worden seyn: qui sunt sub uno servitio, et qui sunt *conjuncti* ex aliqua parte. (so, wie etwa die S. Ernestinische Landesordnung das Näherrecht nur bey jenen Grundstücken gelten läßt, die unter **einem** Zins- und Steuer-Anschlag begriffen sind.)

Wenn aber hierbey auf das **gemeinschaftliche Eigenthum** Rücksicht genommen war, warum wird hernach die Befugniß zu Ausübung des N. R. jenen abgesprochen, qui atroces injurias, vel manus impias venditori vel ejus familiae intulerunt, vel ipsius substantiae gravem jacturam moliti sunt, vel contra ejus vitam nisi sunt? Dies sind ja lauter Verhältnisse, die auf das vorausgesetzte Mit- oder gemeinschaftliche Eigenthum keine Beziehung haben. Dergleichen Beleidigungen und Uebelthaten verdienen zwar allerdings bestraft zu werden; aber das muß, wenigstens nach unsern Begriffen, vom Staat geschehen. Ein Gesellschafter, Miteigenthümer, darf dem andern, wäre er auch noch so lasterhaft, ein gegründetes Recht nicht entziehen.

Wird

*) S. Walch am angez. Ort S. 26.

Wird ferner das Miteigenthum zum Grund dieser Sanction angenommen, so sehe ich nicht ein, warum das Näherrecht bey Veräusserungen per dotem, donationem simplicem vel propter nuptias, nec non mortis caussa et ex testamento gültig nicht soll ausgeübt werden können? Eins ist Veräusserung, Trennung der Gesellschaft, Aufhebung des gemeinschaftlichen Eigenthums wie das andre.

Der Sachsenspiegel, er sey nun um etliche Jahre älter oder jünger, als die Friedrichische Sanction, redet blos von ganzen, und, nach dem heutigen Ausdruck, von hohen adelichen Stammgütern, *) und erstreckt sich bey weitem nicht soweit, als diese, zum fast augenscheinlichen Beweiß, daß die Sanction nicht für Deutschland, sondern für Italien bestimmt war.

Doch selbst in Ansehung der großen Stammgüter walten noch Schwierigkeiten vor. Ich mag nicht wiederholen, was bey Gelegenheit der Bairischen Erbfolge von den Todtheilungen in den größten Geschlechtern behauptet und bewiesen worden ist: man erinnert sich aber leicht an ganze Länder, die in den mittlern Zeiten veräussert worden sind, ohne, daß es den Stammsvettern eingefallen wäre, den Vorkauf zu suchen.

*) Dieses erhellet, nach meinem Bedünken schon von daher, weil im Sachsenspiegel von Männern, die ihr eigen Gut zu veräussern gemeint sind, und von Leuten dabey gesprochen wird. Leute waren damals, was wir jetzt Vasallen, Lehnsbesitzer nennen; nicht zinspflichtige. Hierinn finden wir leichtlich die Ursache, warum in den ältern Stadtrechten vom Einstandsrecht der Stammsvettern nichts vorkommt. Es befande sich nämlich in den Stadtweichbilden kein solch eigen Gut, wobey Vasallen und Lehnleute gewesen wären.

Daß hiernächst im Sachsen- und gleichmäßig im Schwabenspiegel eigne Stammgüter und unter den zum Retract Berechtigten blos Erben in absteigender Linie zu verstehen seyn, das wird aus dem Ausdrucke: die **Erben** mögen sich **ihres** Guts wohl unterwinden: wahrscheinlich. Wäre es blos bey dieser Gewohnheit als Gesetz, oder doch nur in Ansehung ganzer Dynastieen, geblieben, so würde es sich nicht der Mühe verlohnen, etwas weiter von diesem Vorwurf zu gedenken. Jene Veräusserung ist eine so seltne Sache, auch ist dafür, daß sie nicht erfolgen könne, heut zu Tage durch Reichs- und Familiengesetze ausdrücklich gesorgt.

Daß aber jene gesetzliche Gewohnheit von den Rechtsgelehrten in den Provinzialrechten und Statuten auf Erbzins, Zins und Bauerngüter, und sogar auf Seitenverwandten, dann ferner auf den Anlieger, auf Mark und Dorfgenossen, Gesellschafter, den ersten Bieter, und wer weiß alles auf wen? ausgedehnet wird, das ist so sonderbar, als wenn dasjenige, was von Misheurathen der Fürsten vorkommt, auf den niedern Adel, oder wohl gar auf den Bürger und **Bauernstand** angewendet würde.

Meine Leser verzeihen, daß ich sie hier so lange bey Alterthümern aufgehalten habe. Ich weiß es wohl, der Ursprung einer Gewohnheit, eines Rechts, kann nicht in Betrachtung kommen, wenn von der Vernunftmäßigkeit und Nützlichkeit desselben die Rede ist. Daß aber auf diese Eigenschaften das Näherrecht keinen Anspruch machen dürfe, das erkennen in so fern alle Rechtslehrer, indem sie behaupten, es fände nicht statt, ausser wo es durch Gewohnheit und Statut eingeführt sey. Wenn ich aber auch annehme, dessen Schädlichkeit sey noch nicht völlig erwiesen, so würde ich mich doch nicht bedenken, auf dessen Abschaffung um deswillen zu stimmen, weil

sein

sein Nutzen noch problematischer, und es hiernächst, wie man weiß, eine meiner Lieblingsideen ist, die Gesetze ohne Noth nicht zu vervielfältigen. Daß hingegen das soweit ausgedehnte Näherrecht allerdings schädlich sey, das getraue ich mir gerade zu zu behaupten, und beziehe mich zu dem Ende auf das, was ich dieserhalb in den Eingangs bemerkten Vorschlägen zu Abkürzung der Prozesse gesagt habe, das ich mit manchem würklichen Fall erweitern und beweisen könnte. Ich will mich aber jetzt zum Entwurf des Preußischen Gesetzbuchs wenden.

Ich irre wohl nicht, wenn ich, zu Begründung meiner Meinung, mich darauf berufen zu dürfen, mich berechtigt halte. Man lese nur, was

I. Th. I. Abth. S. 283.

in der Note von der Schädlichkeit des Näherrechts auf Familiengüter gesagt, und der Erfahrung völlig gemäs behauptet wird. Was von der einen Gattung gilt, daß nämlich dabey die Unbequemlichkeiten der Fideicommisse (S. 260.) eintreten, daß dadurch Ungewißheit und Dunkelheit im Eigenthum entstehe, daß es eine reiche Quelle weitläuftiger und verwickelter Prozesse sey u. s. f. (eigne Worte) das kann wohl auch füglich von den übrigen insgesamt, mehr oder weniger gesagt werden. Und was ist der Ersatz dafür?

Wenn daher gleich, so lange Provinzialgesetze und Statuten nicht abgeschaft werden — werden können, Richter und Beamte, welche sich einen Staat nicht nach ihren Ideen schaffen können, sondern ihre Aussprüche nach den ihnen zur Norm vorgeschriebenen — Gesetzen oder Sonderbarkeiten — modeln müssen, eingedenk der Vorschrift:

Lex licet sit dura, tamen est scripta:

So sind doch, wie ich mich überzeuge, die Verfasser eines allgemeinen, d. i. philosophischen Gesetzbuchs an einen so lästigen Zwang nicht gebunden. Ich kann daher den Wunsch nicht unterdrücken, von den Beweggründen unterrichtet zu werden, um derentwillen auf die Bearbeitung einer erkanntermaßen schädlichen Materie so viel Fleiß und Kunst verwendet worden ist; und zwar dieses um so mehr, als das römische Recht, (welches doch bey dem Entwurf zum Grund gelegt wird, und sonst bey Abweichungen davon erläuternde Anmerkungen hinzugefüget werden) davon nichts weiß; deutsche Gewohnheiten hingegen, wären sie gleich noch so alt, wenn sie schädlich, oder doch nicht gut sind, gewiß nicht Achtung und Beybehaltung, und am wenigsten einen Platz in einem sonst so vortreflichen Werk, sondern Vergessenheit verdienen.

* * *

Das Näherrecht (ich weiß den Unterschied zwischen diesem und dem Retract, Vorkauf wohl; allein es gilt zuverläßig von dem einen, was von dem andern behauptet werden kann: ich werde mich also bald des einen bald des andern Ausdrucks bedienen, welcher mir zuerst in die Feder kommt) wird in des Entwurfs

II. Th. S. 802. §. 420.-423.

theils aus dem Gesetz, theils aus Verträgen, theils aus letzten Willensverordnungen hergeleitet.

Ich vermuthe, daß unter dem Ausdruck: Gesetz: blos Provinzialgesetze und Statuten verstanden werden. Und dieserhalb beziehe ich mich auf dasjenige, was hierüber in meinem ersten Aufsatz von Gesetzen überhaupt vorkommt. Außerdem sind schädliche Gesetze, aufs gelindeste gesprochen, Machtsprüche, durch die Niemand an seinem Recht gekränkt werden sollte.

Nach

Nach den im Entwurf aufgestellten richtigen Erklärungen finde ich nicht den geringsten Grund, woraus eine solche gesetzliche Bestimmung hergeleitet werden könnte. Der daselbst

II. Th. S. 120. §. 1.

gegebene Begriff des Eigenthums

„er sey das Recht, über die Sache selbst aus eig„ner Macht zu verfügen, und jeden andern davon „auszuschließen„

bringt mit sich, daß einem dritten die gleiche Befugniß nicht zuständig seyn könne. Dieses Eigenthumsrecht nach seinem ganzen Umfang geht durch den Verkauf sofort *) auf den Käufer über: jeder andre wird dabey ausgeschlossen; wie könnte er eben das, oder noch mehr Recht, als die Contrahenten haben?

Zwar um diesen Unbequemlichkeiten abzuhelfen, oder doch die Sache einigermaßen zu begründen, unterscheidet man dominium verum et quasi dominium; das ausübende und ruhende Eigenthum; und eignet dieses dem Retrahenten zu. Allein nach meiner Einsicht sind dergleichen fictiones, was ihr Name mit sich bringt;

D 5 Erdich-

*) Ich hatte mir vorgenommen, einen dieser Aufsätze dem Beweiß des Satzes zu widmen, daß die Uebergabe eine bloße (römische oder sächsische, gleich viel!) Formalität sey, mithin selbst nach gleichmäßigen Behauptungen im Entw. d. Pr. G. B. in Beziehung auf das Wesentliche der Geschäfte so wenig von rechtlichen Folgen seyn könne, als die Annahme bey Schenkungen. Allein die Zeit fehlt mir dazu. Auch ist beydes schon von andern behauptet und erwiesen worden. Erhalten diese Aufsätze Beyfall, so rücke ich einst meine Gedanken darüber in eine juristische Zeitschrift ein.

Erdichtungen, ausgesonnen, um gewissen Sätzen den Anstrich einer Gründlichkeit zu geben, die sie nicht haben. Wenn aber obige Erklärung und die daraus gezogene Folge richtig ist, so kann dargegen eine bloße Fiction, sey sie auch noch so künstlich, nicht Platz greifen. Sogar ist, nach meiner Ueberzeugung ein Gesellschafter nur Eigenthümer seines Antheils an der gemeinschaftlichen Sache. Auf die übrigen kommt ihm weiter kein Recht zu, als nur zu verlangen, daß deren Besitzer ihm nicht zum Schaden handeln. Ein Antheil wird nichts mehr noch weniger, er mag pars quota oder quanta seyn. Selbst wenn der eine Theilhaber als Faktor bey einer gemeinschaftlichen Handlung angestellt ist, so fließt seine größere Befugniß nicht aus der Eigenschaft eines Gesellschafters an sich, sondern vermöge besondern Vertrags; oder es müßte eine Gemeinschaft ohne Faktor nicht denkbar seyn.

Ueberdieses erstreckt sich diese fiction gedachtermaßen nur auf das Näherrecht aus gemeinschaftlichem Eigenthum; was sollen wir aber mit den übrigen Gattungen anfangen?

Wäre würklich die Ursache, bey Gemeinschaften verschiedene Antheile auf wenigere Mitglieder einzuschränken, so dringend, daß dadurch dem Eigenthümer eine aus dem Wesen des Eigenthums fließende Befugniß entzogen werden könnte; so würde auch bey dem Ableben solcher Personen, die sich im ungetheilten Eigenthum befinden, deren Antheil auf ihre Kinder und eingesetzte Erben nicht anders, als mit Bewilligung der Mittheilhaber übergehen können, vielmehr diesen auf deren jedesmaligen Antrag das Näherrecht zugesprochen werden müssen.

So wenig, als das besondere Beste der Miteigenthümer kann auch das vorgewendete allgemeine Beste des

des Staats hierbey in Betrachtung kommen. Ich will nicht wiederholen, was Herr Schlosser, wie ich anderswo bemerkt habe, in Ansehung dieses schwankenden Ausdrucks zu erkennen giebt: aber gewiß ist es, daß es dem Staat sehr gleichgültig sey, ob dieser oder jener eine Sache besitze. Ueberdieses habe ich in den Eingangs angezogenen Vorschlägen zu Abkürzung der Prozesse gezeigt, daß bey der Abschaffung des N. R. der relative Wehrt der Grundstücke sich zuverläßig erhöhen werde, wodurch der Reichthum des Staats selbst sich vergrößert, der nur aus jenem der Bürger besteht. In Ansehung des beweglichen Guts ist die Sache ohnehin keinem Zweifel unterworfen; wenigstens hat sich noch Niemand getrauet, zu behaupten, daß der Stapel eine dem Handel, mithin auch dem Staat, vortheilhafte Sache sey, welches auch in Ewigkeit nicht wird dargethan werden können, so lang es ein Grundsatz ist, daß der Handel nur durch Freyheit gedeihe, alle Einschränkungen hingegen ihm nachtheilig sind.

Was habe ich aber nöthig, hierbey weitläuftig zu seyn, da ja gedachtermaßen in der obangezogenen Note des Entw. d. Pr. G. B. (I. Th. I. Abth. S. 283,) die Schädlichkeit des Näherrechts sogar bey Familiengütern zugegeben wird, wo dasselbe doch noch allenfalls einigen Schein hat, und das, so lange Lehnsgesetze ihre verbindliche Kraft behalten, immer bleiben wird, was soll man nun von andern Gattungen sagen?

Indessen kann eines Theils die Lehnsverfassung bey erb- und eigenthümlichen Gütern nicht zur Norm angenommen werden, und endlich wenn das vorausgesetzte gemeinschaftliche Eigenthum so mächtig ist, Fremde davon schlechterdings auszuschließen, so müßte diese Befugniß bey allen Veräusserungen sowohl unter den Lebendigen, als auf den Todesfall eintreten, das sich Niemand zu behaup-

haupten getrauet; vielmehr wollen mehrere Rechtslehrer, daß sie bey einem Menge- oder Klumpenkauf, selbst in Ansehung der bonorum avitorum, nicht statt finde.

v. Hommel. Rhapſ. Obſ. 43.

Die Einwendung, daß nur bey ordentlichen Käufen ein bestimmter Wehrt der zu veräussernden Sachen festgesetzt werde, sagt wohl nicht viel. Der Wehrt einer jeden Sache kann durch Verständige ausgemittelt, nnd bey einem Mengekauf können die Stammgüter von den eigenthümlichen Erbgütern füglich abgesondert werden, wie ja zwischen den Lehnsfolgern und Allodialerben täglich geschieht.

* * *

Ich will nun noch die Fälle, wo im Entw. d. Pr. G. B. das Näherrecht geduldet wird, einzeln durchgehen, vielleicht läßt sich dabey noch ein und anders erinnern, das einer nähern Prüfung nicht ganz unwehrt ist.

Zuerst wird

I. Th. II. Abth. S. 210. §. 966. folg.

den **Mitrhedern** der Vorkauf vor Fremden an einem Schifspart eingeräumt.

Vermuthlich ist der Grund davon die Abneigung gegen die Gemeinschaft, als eine Quelle vielen Unheils. Ich beziehe mich hierbey auf dasjenige, was ich dieserwegen vorhin überhaupt gesagt habe. Hiernächst beweiset dieser Grund, wie ich glaube, zuviel. Auf diese Weise dürfte vom Anfang an keine Gemeinschaft durch Verträge oder letzte Willensverordnungen zugelassen werden. Wenn ferner ein Rheder seinen Part nur an eine Person verkauft, so bleibt ja alles in dem bisherigen Stand: die Personenzahl wird nicht geändert. Wäre auch der Fall, daß hierdurch den Mitrhedern ein **Vortheil** entgienge,

gienge, wenn ein dritter den erledigten Schiffspart kaufte, so kann dieses doch in keine Betrachtung kommen. Wenn der Verkäufer sich seines ihm, als Eigenthümer, zuständigen Rechts bedient, so thut er Niemand Unrecht. Der Eigenthümer ist, wenn nur nicht ein würklicher Schade für die übrigen Gesellschafter zu befürchten steht, allemal berechtigt, über seinen Part nach Belieben zu verfügen, und jeden andern davon auszuschließen. Die Verordnung in des Entwurfs

II. Th. S. 575. §. 44.

kann, wie ich mich überzeuge, in allen Fällen statt finden.

Daß der Besitz eines Antheils an einer gemeinschaftlichen Sache nicht nothwendig das Näherrecht oder den Vorkauf bey einzelnen Theilen mit sich bringe, das wird in des Entwurfs

II. Th. S. 621. §. 325.

in so ferne zugegeben, weil bey Kuxen (Antheilen einer gemeinschaftlichen Fundgrube) weder das eine noch der andre Platz greifen soll. Was hindert es, diese Verordnung allgemein zu machen?

Ich komme wieder auf die erstangeführte Stelle wegen der Mitrheder. Vermöge derselben soll der Verkäufer seinen Antheil den Gesellschaftern anzubieten genöthigt (§. 966.) und erst alsdann, wenn diese nicht kaufen, d. i. wie ich vermuthe, den von einem Fremden gebotenen Preiß nicht geben wollen, soll ihm die Veräusserung an einen dritten nachgelassen seyn. Hier kommt also auf den Willen des Verkäufers gar nichts an, wem er seinen Part zugedenkt. Bey einer andern Bestimmung hingegen wird (im §. 973.) ihm die Befugniß zugestanden, unter mehrern concurrirenden Käufern zu wählen. In ähnlichen Fällen wird im Entwurf das Loos, oder, wie auch hier im §. 972. geschiehet, die Zeit, wie

sich

sich die Vorkäufer gemeldet, zum Entscheidungsgrund angenommen. Vom Loos habe ich im Aufsatz: von Gesetzen überhaupt: meine Gedanken eröfnet. Ich würde auf zufällige Umstände bey Bestimmung des Rechts keine Rücksicht nehmen, und lieber dafür die Versteigerung an den Meistbietenden festsetzen: auf diese Weise würde doch der Eigenthümer für den Verlust oder für die Einschränkung der ihm, als solchen, zuständigen Rechte einigermaßen entschädigt: wobey ich indessen voraussetze, daß Fremde nicht ausgeschlossen, und dem ersten Bieter (unten mehr davon) oder den Gesellschaftern ein Vorzug nicht eingeräumt werde.

Noch muß ich bey dieser Stelle des Entwurfs, die in Ansehung der obgedachten Sanction Kaiser Friedrichs II. gemachte Anmerkung wiederholen. Das den Mitrhedern eingeräumte Vorkaufs- oder Näherrecht ist entweder ein persönliches oder ein dingliches Recht. Ersters kann es nicht seyn, denn sonst würde es seine Kraft gegen einen dritten nicht äussern können. Ist letzteres, so seh ich die Ursache nicht ein, warum die Mitrheder dessen verlustig werden sollen, (§. 977.) wenn sie dem Verkäufer die beym Eintritt in die Rhederey zugestandene Bedingungen aus unerheblichen Ursachen nicht halten. Er ist zwar auf die Erfüllung des Vertrags oder auf Entschädigung zu klagen berechtigt, allein das dingliche Recht zum Näher oder Vorkauf, wenn sie es hätten, kann den Theilhabern wegen persönlicher Ansprüche füglich nicht entzogen werden.

* * *

Von dem IV. Abschn. des IV. Titels des I. Th. des Entwurfs des Pr. G. B. welcher das Näherrecht auf Familiengüter zum Gegenstand hat, habe ich oben schon Erwähnung gethan. Es wird dieses unter den Perso-

nenrech-

nenrechten begriffen, mithin wenigstens hier der aus dem gemeinschaftlichen Eigenthum herzuleitende Grund ausgeschlossen. Daß dieses bey dem N. R. auf Familiengüter nicht in Betrachtung komme, das hat von Pufendorf in Obs. Jur. univ.

P. II. Obs. 4. §. 2.

von daher erwiesen, weil sonst dergleichen Veräusserungen an sich in jedem Fall für nichtig geachtet werden müßten, oder doch die Stammsvettern ihr Recht, den Kauf mit einem Fremden aufzulösen, nicht eher gültig würden ausüben können, als bis die Ordnung der Erbfolge sie träfe.

Der von dem ernannten Pufendorf, statt dieses vorausgesetzten Miteigenthums, angenommene Grund des N. R. oder Vorkaufs soll dargegen eine Nachahmung des ordentlichen Erbschaftsgangs seyn. Ich wähne, dieser sey noch seichter, als jener, wenigstens mit eben dergleichen Gebrechen behaftet. Die Pufendorfische Meinung widerlegt sich, wie ich glaube, schon dadurch, daß eine Erbschaft sich bey lebendigem Leibe nicht denken lasse, und wenn diese nicht eintritt, noch weniger von der Nähe des Grades dabey die Rede seyn könne. So wie dort, müßte auch hier der Erbanfall zuvor abgewartet werden. Es würde unnütze Weitläuftigkeit seyn, wenn ich mich dabey länger aufhalten wollte, da in dem bemerkten Abschnitt des Entw. §. 141. der Ungrund dieses vermeintlichen Rechts zur Gnüge eingesehen worden ist. Indessen, da dergleichen N. R. blos auf Statuten und Verträge (von diesen werde ich hernach noch etwas gedenken) eingeschränkt wird, und, wie ich glaube, selbst bey diesen die Meinung dahin gehet, daß sie restrictive zu erklären seyen, so weiß ich damit die Verordnung des folgenden §. 155. nicht wohl zu vereinbaren. Es soll nach demselben die Befugniß zum N. R. auf Familien-

güter,

güter, wenn der nächste Verwandte sich dessen nicht bedienen kann oder will, auf die folgenden übergehen. Nur alsdann würde ich dieses gelten lassen, wenn es Provinzialgesetze und Statuten ausdrücklich vorschreiben.

Nach den ältesten und ältern deutschen Gewohnheiten fände dieses, man müßte denn, wider die Voraussetzung, eine ausdehnende Erklärung annehmen, nicht statt. In deren Sammlung, daraus der Bischof Burkhard zu Worms unter den sächsischen Kaisern ein Landrecht verfertigte, *) war ausdrücklich nur von den nächsten Erben die Rede, denen der Verkäufer sein Erbgut anzubieten gehalten sey. Eben so ordnet der Sachsenspiegel: nur diejenigen, welche, wenn der Mann gestorben wäre, die nächsten Erben seyn würden, mögen sich **ihres** Guts wohl unterwinden. Könnte erwiesen werden, daß der Verfasser des Sachsenspiegels mit der römischen Terminologie bekannt gewesen wäre, so würde, wie ich oben gedacht habe, aus dem Beysatz: **ihres**: sogar folgen, daß Seitenverwandten vom Retract ausgeschlossen worden; wenigstens hat es bekanntlich nicht an Auslegern gefehlet, die ebendasselbe besonders nach der Analogie desjenigen, was im 14. Tit. 11. §. des S. Sp. zum Grund angenommen wird, behaupteten. Auch scheint aus der zuerst angezogenen Stelle des S. Sp. und dem Zusatz: ohne **Gericht**: zu folgen, daß, wenn Veräusserungen praevia caussae cognitione geschehen, ein Retrakt nicht statt gefunden habe. Doch nun auch kein Wort mehr von Alterthümern, in die ich mich fast wider Willen verliere!

In

*) S. Schmidts Geschichte der Deutschen IV. Band X. Capitel.

* *
*

In des Entwurfs
II. Th. S. 269. §. 282.

wird im Fall der Verkäufer sich vorbehalten hätte, daß der vorseyende Kauf erst dann gültig seyn soll, wenn binnen einer bestimmten Zeit ein besserer Käufer sich nicht finden würde, dem ersten K. das Näherrecht vor dem letztern zugestanden, wenn er eben die Bedingungen erfüllen will.

Diese Vorschrift dürfte andre Käufer zu einem höhern Geboth eben nicht anlocken. Ueberdieses war der Vorbehalt blos zum Vortheil des Verkäufers hinzugefüget: Der erste Käufer kann daraus einige Befugniß weder gegen den Verkäufer und noch weniger gegen den bessern Käufer erlangen oder anziehen; sein etwa gehabtes Recht zur Erwerbung der Sache ist vielmehr erloschen, sobald ein dritter mehr bietet. Ich sehe wenigstens nicht ein, woraus sein Vorzug vor diesem hergeleitet werden könnte. Ein persönliches Recht äussert sich nicht gegen einen dritten, und an eine Gemeinschaft des Eigenthums ist weder würklich, noch per fictionen zu denken.

Es geschehen hiernächst dergleichen höhere Gebote nicht selten auf Anstiften der Verkäufer in der Absicht, den ersten Käufer, wie man spricht, zu prellen, d. i. ihn zu einem erhöhetern Gebot zu vermögen; worgegen zwar in dem §. 284. folg. eben dieses Titels Vorsehung geschieht; doch glaube ich, sie werden von selbst unterbleiben, mithin dergleichen gesetzliche Vorschriften unnöthig seyn, wenn der plus licitans weiß, er muß die Sache um das höhere Gebot selbst behalten, im Fall der erste sich nicht bessert, wie auch bey Auctionen eingeführt ist. Ich mache dabey zwischen gerichtlichen und aussergericht-

lichen Veräusserungen keinen Unterschied, die ohnehin wesentlich nicht unterschieden sind.

* * *

Unter die Gattungen des N. R. aus dem gemeinschaftlichen Eigenthum gehört vorerst das dem Erbzinsherrn eingeräumte, wovon in des Entwurfs

II. Th. S. 720. §. 45.

gehandelt wird.

Daß solches aus dem Wesen der Erbzinsgüter fliesse, mithin gesetzlich zu verordnen sey, davon überzeuge ich mich nicht, außer in dem Fall, wenn jene nur auf gewisse Grade oder Generationen (S. 713. §. 3.) verliehen worden sind. Diese Ausnahme hingegen bestätigt, wie jede, die Regel, nach welcher, wenn der Erbzinsherr ursprünglich sich nichts vorbehalten oder bedungen hat, er es auch hernach nicht verlangen könne, nur noch mehr. Eben dieses scheint auch bey den Römern üblig gewesen zu seyn. Es war nicht erlaubt, den agrum vectigalem (welcher der Beschreibung nach im

l. 1. ff. si ager vectigal.

eigentlich in Erbpacht ausgethan war) weder ipsis, qui conduxerunt, neque his, qui in *locum eorum successerunt* (dieser Ausdruck bezieht sich wohl auf Fremde eben sowohl, als auf Erben) zu entziehen. Der Grund, warum die Rechtslehrer dem E. Z. Herrn den Vorkauf eingeräumt haben, ist vermuthlich die von Lehngütern hergenommene Analogie. Sie haben dabey eine ausdehnende Erklärung angenommen, wo doch eine einschränkende eintritt. *)

*) Daß es noch ungewiß sey, ob nach römischen Grundsätzen

Das hier angeführte gilt auch gewissermaßen vom Erbpacht. Zwar bin ich darüber mit mir lange nicht einig gewesen; denn bey Erbzinsgütern wird dem E. Z. Mann das würkliche Eigenthum des Guts überlassen, und der E. Z. Herr zieht sich nur einige mit dem Eigenthum sonst verbundene Gerechtsamen und Nutzungen aus. Was er sich also nicht vorbedungen hat, das kann er hernachmals nicht fordern. Bey dem Erbpacht hingegen scheint schon der Name anzudeuten, daß der E. Verpachter würklicher Eigenthümer bleibe, folglich alle Auslegung gegen den E. Pachter zu machen sey.

Wenn indessen in des Entwurfs

II. Th. S. 826. §. 97.

der E. Pachter in Ansehung der Befugniß, sein Erbpachtsrecht zu veräußern, dem E. Z. Mann gleich geachtet, und dieses von den besten Rechtslehrern durchgehends angenommen wird, so muß sich auch einerley Folge äußern, obgleich diesem der §. 110. des zuletzt bemerkten Abschnitts entgegen stehet. *)

sätzen in Ansehung des E. Z. Guts selbst dem E. Z. Herrn der Vorkauf zugestanden werde, deswegen beziehe ich mich auf Mulleri Obs. ad Leyser Tom. I. Obs. 252.

*) Auch sehr große Männer sehen zuweilen eine Sache nicht völlig aus dem rechten Gesichtspunkt an. Kleinere verdienen also bey einer Schwachheit desto mehr Entschuldigung. Vielleicht habe ich nöthig, um diese zu bitten, wenn ich bey der Entscheidung der hohen Preussischen Gesetzcommission in

Kleins Ann. d. Pr. G. G. I. B. 118. S.

beyläufig bemerke, daß sie die Frage nicht erschöpfe. Diese war: ob ein Verwandter bey einem E. Pacht das Näher-

Nur noch etwas über diese Materie! Es heißt im §. 47. Tit. XVII. des II. Th.

„Durch einen allgemeinen Consens in den Ver„kauf überhaupt, verliert der E. Z. Herr noch „nicht die Befugniß, in die Stelle des näher an„gezeigten Käufers einzutreten.„

Der E. Z. Mann ist, wie gedacht, **würklicher Eigenthümer**, *) sogar daß er (§. 38. 39.) zur Veräusserung des Guts selbst berechtigt ist: nur alsdann wenn den ihm vorbehaltenen Gerechtsamen ein würklicher Schade drohet, (§. 43.) darf der E. Z. Herr die Einwilligung zur Veräusserung abschlagen; mithin ist der E. Z. Mann eigentlich nur um der Formalität willen verbunden, den Erbzinsherrlichen Consens zu suchen. Hat er dieses gethan, so muß selbst die ertheilte allgemeine Einwilligung von der ausgebreitetesten Würkung seyn, und in Ansehung

Näherrecht habe? die Entscheidung: das Näherrecht finde bey dem Erbpacht, wie bey Erbzinsgütern statt. Bey diesen wird es aber nur dem Erbzinsherrn in der Regel zugestanden, von den Anverwandten des Erbzinsmanns ist, wenigstens im Entwurf des Pr. G. B. die Rede nicht. Dieses wird nur durch Provinzialgesetze bestimmt, die jederzeit restrictive erklärt werden müssen.

Doch ist immer möglich, daß auch hier eintrift, was der Herr von Hagedorn singt:

Oft hat der Leser und der Dichter,
Und auch der Criticus kein zuverläßig Ohr.

*) Ich habe mich schon über das Eigenthum und dessen im Entwurf gegebenen Begriff erkläret. So lange dieser beybehalten wird, scheint es mir bedenklich, für ein Mit- oder getheiltes Eigenthum zu vermuthen, wie doch in des oben angezogenen Titels §. 4. geschiehet.

sezung des E. Z. Herrn die Rechtsregel eintreten, ad renuntiata non valet regressus: den einzigen Fall der §. §. 43. und 44. ausgenommen: Doch auch diese Ausnahme bestätigt die Regel. Steht (wovon daselbst die Rede ist) dem E. Z. Herrn durch die Unfähigkeit des anmaßlichen Käufers ein Schade bevor, so muß der E. Z. Mann einen andern annämlichern ausmachen: ohne dieses Einwilligung hingegen darf der E. Z. Herr andre, wenn sie zumal schon E. Z. Männer sind, vom Erwerb des Guts nicht ausschließen. Es ist ohnehin, wie schon

Stryk. in Usu Mod. ad h. t.

und mehrere Rechtsgelehrte eingesehen haben, fast unmöglich, daß diese E. Z. Güter in Verlauf der Zeit und nach mehrern Titulo oneroso erfolgten Veräusserungen, ob sie schon unter den Nachkommen des ersten Erwerbers geschehen wären, nicht nach und nach in gemeine Zinsgüter ausarten sollten, welches ich in Ansehung der auf Erbpacht ausgethanen gleichfalls behaupten möchte.

* * *

In des Entwurfs

II. Th. S. 684. §. 182.

wird vom Vor- und Näherkauf der nähern, und, bey deren Ausfall, der entferntern Verwandten in Lehngüter gehandelt. Ich beziehe mich desfalls auf das oben gesagte, so wie auf das, was Pufendorf in der daselbst angezogenen Stelle über den seichten Grund dieses Näherrechts zu erkennen giebt. Ich mag die Sache überlegen, wie ich will, so wird den entferntern Agnaten dadurch ein Recht zugesprochen, und man läßt ihnen die Würkungen desselben angedeyhen, ehe sie es noch würklich erlangt haben. Denn erstlich bey dem Abgang des Besitzers, dessen Leibes- Lehnserben, so wie der nähern

Lehnsfolger tritt das Recht der entferntern ein. Doch, das wird bleiben, und alle Gründe dargegen werden die Schaale nicht zum Sinken bringen: also nichts weiter davon!

Desgleichen aus eben diesem Grunde nichts von der schädlichsten Gattung des Vorkaufs, zumal bey beweglichem Gut, dem sogenannten Stapelrecht, das, wie die Lehnsgesetze, die Anmaßung zur Mutter und die Gewalt zum Vater hat, das kräftigste Hinderniß, warum der deutsche Handel, und mit ihm der Vertrieb, die Vermehr- und Verfeinerung der einheimischen Erzeugnisse diejenige Höhe nicht erreicht hat, zu welcher unsre näheſten, eben nicht vortheilhafter gelegenen Nachbarn gestiegen sind.

Die sonderbarste Art des Näherrechts ist wohl, wo solches bey Kirchstühlen gilt. Es ist dabey das schöne Geschlecht vorzüglich interessirt, und man weiß aus der Geschichte der Götter und Menschen, wie heftig dessen Zorn sey, und wie hartnäckigt dasselbe auf seinen wahren oder vermeinten Gerechtsamen zu bestehen pflege. Ich wenigstens kann aus Erfahrung bezeugen, daß unter sechs Streitigkeiten über Kirchenstühle, fünfe zuverläßig Weibspersonen betrafen. Ich wünsche deren gänzliche Ausrottung um desto mehr, jemehr die von daher erwachsende Verbitterungen sich bey jedem Gottesdienst erneuern, und je seltner, während der Leidenschaft, der beste Vortrag des erbaulichsten Lehrers Eingang findet, wenn zumal dieser selbst mit im Untergericht sitzt, welches die weibliche Eitelkeit so unverzeihlich gekränkt hat.

Zwar bin ich nicht dafür, daß bey Vergebung der Kirchstühle gar keine Ordnung beobachtet, und jedem erlaubt werden möge, nach Belieben sich einen Ort zu erwählen, es würde sich dieses ohnehin nur in großen Städten,

ten, wo mehrere Kirchen sind, einigermaßen thun lassen; in kleinern und auf den Dörfern hingegen würde es zu vielen üblen Ereignissen Anlaß geben. Indessen bestimmt hierunter der Entwurf

I. Th. II. Abth. S. 461. §. 503.

weiter nichts, als daß die Eingepfarrten vor Fremden den Vorzug haben, nicht aber wie es in Ansehung jener unter sich gehalten werden soll. Bey neuerbaueten Kirchen, wenn zumal noch Schulden zu bezahlen sind, giebt die Versteigerung der Stände an den meistbietenden das einträglichste Auskunftsmittel ab: Mir hingegen scheint in allen Fällen das billigste und schicklichste, besonders in Flecken und Dörfern, wenn sie nach dem Alter der Personen solchergestalt vergeben werden, daß die Aeltern die nächsten und die Jüngern die von der Kanzel entferntern Stände bekommen, weil das Gehör bey jenen gemeiniglich schwächer ist. Niemand hat Grund, sich hierüber zu beschweren; er weiß, daß er mit der Zeit ebenfalls nachrücken werde.

* * *

Ich komme nun auf das bedungene, oder durch letzte Willensverordnungen bestimmte Näher- und Vorkaufsrecht. Bey jenem äussern sich alle die üble Folgen, welche von Fideicommissen oder Substitutionen gesagt werden können; und vom bedungenen N. R. gilt alles nachtheilige, was vom N. R. überhaupt gesagt werden kann.

Um des gemeinen Besten willen wünsche ich daher, daß diesen Verträgen und letztwilligen Verordnungen alle Gültigkeit und Verbindlichkeit gesetzlich abgesprochen werden möchte, wie dieses in Ansehung andrer Verträge in des Entwurfes

II. Th. S. 735. §. 27.

und an mehrern Orten ebenfalls beobachtet worden ist. So sehr ich übrigens dafür bin, daß Jedem die freye Disposition über sein Eigenthum bey seinem Leben ungekränkt bleibe, wenn es nur ohne Nachtheil des Staats und seiner Mitbürger geschiehet: so fest überzeuge ich mich dargegen von der Unbilligkeit solcher letztwilligen Vorschriften, die erst alsdann ihre Kraft und Würkung äussern sollen, wann der anmaßlich Befehlende lange verweset ist. Das heißt, den Plag- und Poltergeist im eigentlichen Verstand spielen! Man ist einig, daß veränderte Umstände die Sache selbst ändern, ja die heiligsten Verträge ungültig machen können: wer aber, der nicht allwissend ist, kann die in einem halben, ganzen, ja wohl mehrern Jahrhunderten sich ereignenden Umstände voraussehen?

Wird das N. und Vorkaufsrecht abgeschaft, so fallen alle daraus hergeleitete Folgen, und dabey aufgeworfene Fragen, die, wie es geht (dato uno absurdo, dantur plura) oft mehr, als die Hauptsache, Unheil und Verwirrung anrichten, von selbst weg. Indessen nach dem Genio der Gesetzgebung in vielen deutschen Ländern fürchte ich, daß es mit der Aufhebung der das N. R. gutheißenden Statuten und Landesordnungen so schnell nicht hergehen dürfte. Es werden daher noch einige dahin sich beziehende Anmerkungen hier nicht ganz überflüßig seyn.

* * *

Die Rechtslehrer und selbst der Entwurf des Pr. G. B.

II. Th. S. 804. §. 433.

sind einverstanden, daß, wenn sich ein scheinbarer Verdacht äussert, daß der Retrahent das N. R. nicht

für

für sich, sondern zu Gunsten eines dritten ausüben wolle, er sich desfalls eidlich zu reinigen oder vom Näherkauf abzustehn habe. Im Gegentheil ist aber auch der Retrahent berechtigt, im Fall er es wahrscheinlich macht, oder den Eid für Gefährde deswegen ablegt, die eidliche Eröfnung der Contrahenten zu fordern, ob sie nicht, um sein Näherrecht zu vereiteln, die Kaufsumme zu hoch angegeben haben.

Schon die Vervielfältigung dieser Eide kann von der Schädlichkeit des Näherrechts überzeugen, und giebt einen Beweggrund mehr zu dessen Abschaffung ab. Hiernächst ist wohl der Ausdruck: **scheinbarer Verdacht**: sehr unbestimmt und schwankend. Zwar könnte eine gewisse Zeit, etwa eines Jahres, festgesetzt werden, binnen welcher der Käufer die erkaufte Sache anderweit nicht verkaufen darf. Es scheint mir aber dem ungeachtet unmöglich, allen Ausweichungen des Gesetzes vorzubeugen. Ueberdieses kann ich die ganze Verordnung mit den sonst festgesetzten rechtlichen Grundsätzen nicht vereinbaren. Wem auf eine Sache ein dermaßen gegründetes und vollkommenes Recht zusteht, daß er darauf klagen, und die Sache vindiciren kann, so weiß ich nicht, wenn er diesen gesetzmäßigen Weg eingeschlagen und das Seinige von Rechtswegen zuerkannt erhalten hat, warum ihm in seinem wohlerworbenen Eigenthum sollen Schranken gesetzt, und er an dessen abermaligen Veräusserung behindert werden? Qui jure suo utitur, nemini facit injuriam.

Nicht selten entstehn Irrungen über die Nutzungen der zu retrahirenden Sache während des Processes, besonders, wo es zu ihrer Feyerlichkeit gehöret, sie durch ein Viertheil eines Jahrhunderts zu verschliessen, und während desselben der Retrahent die Kaufgelder gerichtlich deponirt, der Käufer hingegen die Güter im Besitz gehabt hat.

 Der

Der mehr angezogene Hr. Walch in seiner Abhandlung vom N. R. S. 160. folg. unterscheidet mancherley Fälle mit vieler Einsicht.

Indessen ist mir doch erst kürzlich ein Urthel vorgekommen, wo, den daselbst geäusserten Grundsätzen entgegen, der Schöppenstuhl zu Jena nicht auf den Ersatz der Früchte an den Retrahenten nach erhobener Klage und deponirten Kaufgeldern erkannt hat, obgleich dieses in den Herzogl. Sächsis. Landen (S. 164.) ordentlich und gewöhnlich ist. Die Ursache liegt wohl darinn, daß der Urthelsverfasser dem Retract nicht günstig gewesen ist, mithin den Käufer als wahren und redlichen Besitzer betrachtet, und keine Rücksicht darauf, ob die Einlassung auf die Klage in malam fidem versetze, genommen hat; und hierbey hat er die Disposition in des Entwurfs

II. Th. S. 166. §. 192. und
—— —— 808. §. 460.

ebenfalls vor sich.

* * *

Wenn bey einem bedungenen N. R. eine bestimmte Summe zum voraus festgesetzet worden ist, so soll dieses zwar nach der Meinung des Carpzovs

P. II. Constit. 33. def. 3.

an sich gültig seyn, nicht aber bey entstandenen Concurs. In diesem Fall soll zwar der Retract statt finden, indessen das bedungene Kaufgeld nicht beybehalten werden, sondern der Retrahent soviel geben, als ein dritter. Die Ursache dieser sonderbaren Distinction ist, damit das Gedinge nicht ganz vergeblich sey, die Gläubiger hingegen dadurch nichts einbüßen.

Es mag seyn, daß dieser Lehre in Sachsen größtentheils nachgegangen werde; aber, wenn man sie in

ihrem

ihrem eigentlichen Lichte betrachtet, was soll man dazu sagen? Einmal soll der Vertrag zwischen den Contrahenten gültig und von Kräften seyn; sobald hingegen vom Vortheil eines dritten, der Gläubiger des ersten Käufers, die Rede ist, nicht mehr. Wahrhaftig, wenn dieses kein Jus conveniientiä ist, so weiß ich nicht, ob es ein anders giebt! Ueber dieses heben sich die Vortheile, des Bedingers oder der Gläubiger gegen einander auf. Nirgends ist es ja verboten, sich einen Vortheil durch Vertrag zusichern zu lassen: (denn meinen Vorschlag, daß dergleichen bedungenes Vorkaufsrecht um des allgemeinen Besten willen für gültig nicht geachtet werde, nimmt Carpzov nicht an.) Die Concursmasse, oder der Inbegriff der Gläubiger kann unmöglich mehr Recht verlangen, als vorhin der gemeine Schuldner hatte. So wenig der Retrahent, im Fall das Grundstück im geringern Wehrt stände, zum Retract um das festgesetzte Kaufgeld genöthigt werden kann; so wenig ist die Concursmasse befugt, ihn zu einer Erhöhung desselben zu zwingen, oder ihm sein durch Vertrag erlangtes Recht zu entziehen. Ich pflichte daher dem

de Wernher in P. VI. Obs. 286.

in so ferne vollkommen bey, der unter Beziehung auf des Bergeri Oeconomiam Juris sein Gutachten dahin äussert:

„Ex retractu conventione quaesito, jus alter con-„sequitur, quod ipsi, non consentienti, neque „partis, neque judicis facto eripi potest. Ne-„que enim in illius praejudicium subhastatio plus „operari potest, quam privata venditio.„

Der Entwurf des Pr. G. B. ist hiermit in tantum einverstanden,

II. Th. S. 267. §. 269. verbis. „Sind Grund-„stücke

„stücke unter gewissen Bedingungen verkauft und „übergeben worden, so ist dergleichen Bedingung „gegen einen dritten würksam.„

Da die Würkung der Bedingung sich sogar gegen einen dritten äußert, wie viel mehr muß sie in Ansehung der Contrahenten selbst statt finden? der Inbegriff der Gläubiger ist durchaus zu einem mehrern nicht berechtiget, als der gemeine Schuldner selbst war.

Es wird hierüber bey Gelegenheit der vorbedungenen Wiederkaufssumme im Aufsatz: de Regulis juris noch etwas gedacht werden:

* * *

Unter die disputationes de lana caprina gehört wohl die von

Muller. ad Leyser. Tom. II. Obs. 403.

aufgeworfene Frage: ob der Retrahent wegen Verletzung über die Hälfte klagen und Minderung des Kaufgeldes verlangen könne?

Glaubt er, daß der Kaufpreiß zu hoch sey, so nöthigt ihn ja Niemand in den Kauf zu treten. Damnum quod quis sua culpa sentit, non sentire videtur. Volenti non fit injuria, et donari videtur, quod nullo jure cogente conceditur — Doch meine Leser werden zu seiner Zeit noch so viele juristische Weidsprüchelchen von mir aufgetischt bekommen, daß ich ihnen jetzt den Appetit nicht verderben will!

XI.

XI.

Von Pertinenz-Stücken.

Unter die Worte, bey deren im Entwurf des Pr. G. B. gegebenen Erklärung (Definition) ich Bedenken habe, gehört auch die von **Pertinenz-Stücken.**

Das ist nun freylich, wenn ich den im Titel der Pandecten:

de Regulis Juris l. 202.

aufgestellten Satz: Omnis definitio in jure ciuili periculosa est: im logischen Sinn nehmen darf, eben kein Wunder, und doch, ehe sich dieses oder jenes von einer Sache mit Grund behaupten läßt, ist es durchaus nöthig, ihren Begriff vorher festzusetzen. *)

Dieser wird in des Entwurfs

II. Th. in der Einleitung zum Sachenrecht

dahin gegeben:

„Solche **bewegliche** Sachen, die durch ein Ge„setz, oder durch den deutlich erklärten Willen ei„nes Menschen zum beständigen Gebrauch bey ei„ner

*) S. Schlossers Briefe über die Gesetzgebung S. 161. Ich billige nicht alle, aber doch einige der daselbst vorkommenden Sätze.

„ner unbeweglichen bestimmt worden, sind als „Theile dieser unbeweglichen Sache anzusehen, und „werden Pertinenzstücke genennet.„

Die Römer setzten, wie man weiß, den Begriff der Pertinentien schon als bekannt voraus, man müßte denn

arg. l. 13. de act. emt. vend.

sagen, daß sie quasi partem alicuius rei ausmachten, oder solche Stücke wären, die *propter rem* vorhanden sind. Aber mit diesen allgemeinen und schwankenden Ausdrücken kann man nicht fortkommen, wenigstens habe ich die *quasi* niemals ausstehen können, indem sie ihre Unzuverläßigkeit an der Stirne führen. Die anderweite Bestimmung, daß P. St. solche Stücke wären, die mit der Hauptsache, nach einem deutschen Ausdruck: Erd- Band- Wand-Niet und Nagelfest sind, erschöpft den Begriff etwas genauer, doch nicht völlig, denn z. B. diejenigen Stücke, welche per usum et destinationem zu P. St. geworden sind, lassen sich darunter nicht stets begreifen. Noch mehr Genauigkeit finden wir in der angezogenen Erklärung des Entwurfs d. Pr. G. B. Allein wenn

1) blos bewegliche Sachen Pertinenz-Stücke seyn sollen, so ist dieser Begriff offenbar zu enge. Wer weiß nicht, daß Grundstücke und Gerechtigkeiten derselben, ja ganze Landgüter Pertinenzstücke von andern seyn können? Indessen ist doch in der bemerkten Stelle nur von beweglichen Sachen die Rede, und nirgends festgesetzt, was unter beweglichen Pertinenzstücken zu verstehen sey, man müßte denn dahin rechnen, was hierüber im

II. Th. S. 234. §. 68. und 69.

vorkommt.

2) Scheint es mir bedenklich, daß vermöge des

gege-

gegebenen Begriffs auch durch Gesetze festgesetzt werden soll, was unter die Pertinenzstücke zu rechnen sey. Ich überzeuge mich, daß, ehe sich über eine Sache Gesetze geben lassen und festgesetzt wird, was in Ansehung derselben an sich, oder in Verhältniß mit andern Recht oder Unrecht sey, vorher schon, entweder durch den Redegebrauch, oder sonst ausdrücklich bestimmt seyn müsse, was darunter verstanden werde. Ausserdem dringt sich mir durch eine unwillkührliche Verbindung der Ideen der Gedanke an jenen Maler auf, der über seine Gemälde setzen mußte: das ist ein Pferd, das ein Hahn!

Ob die Bestimmung des Begriffs in Ansehung des deutlich erklärten Willens in allen Stellen des Entwurfs genau in Acht genommen worden sey, das werden wir hernach sehen: statt: Menschen: würde ich Eigenthümers gesetzt haben. Denn der Niesbraucher, der Pachter, können auch auf eine sehr lange Zeit zum beständigen Gebrauch bewegliche Sachen anschaffen, die unter die Verbesserungen gehören, aber nicht eher zu P. St. werden, bis sie der Eigenthümer gekauft, oder sie den Besitzern vergütet hat.

Wenn ich hiernächst den fernern Begriff der P. St. im Entwurf entwickle, so heißt es im

II. Th. S. 234. §. 68.

zur Substanz der verkauften Sachen gehören auch die P. St. Die Substanz wird aber Einl. §. 3. definirt, sie begreife alles, was zum Daseyn (Wesen) einer Sache nothwendig ist; und weil hieraus der Inhalt des §. 9. nicht gefolgert werden konnte, so wird im §. 4. hinzugefüget, daß auch die Theile (diese gehören freylich zur Substanz) und Eigenschaften (von diesen möchte ich die Nothwendigkeit zum Daseyn nicht behaupten) einer Sache, ohne welche sie ihre bisherige (ist, wie ich glaube,

zu unbestimmt: auch war vorhin vom Daseyn überhaupt, nicht vom bisherigen, insbesondere die Rede) Bestimmung nicht erfüllen, oder ihren bisherigen (also auch während des Pachts und Niesbrauchs?) Nutzen nicht gewähren kann, zur Substanz gerechnet würden.

Diese Behauptung, daß P. St. zur Substanz gehören, kann schwerlich durchgängig vertheidiget werden. Was zum Daseyn einer Sache, und selbst, wenn man will, zu deren gewöhnlichen Benutzung und Gebrauch unumgänglich nöthig ist, das sind partes integrantes, sie mögen mit der unbeweglichen Sache verbunden seyn oder nicht. Sind sie verbunden, so ist ihrentwegen ohnehin kein Zweifel. Sind sie es nicht, so werden doch Schlüssel zu Schlössern, Betten, Gläser rc. rc. in Gasthöfen: Linien, Formen, Filze rc. in einer Pappiermühle, Siebe, Säcke und dergl. in andern Mühlen u. s. f. dergestalt als P. St. der Hauptsache angesehen, daß wenn diese Stücke nicht mehr vorhanden wären, der Verkäufer solches nothwendig anzeigen, oder der Billigkeit nach gewähren muß.

Nun kann zwar jede Sache verschönert, andere bewegliche oder unbewegliche Stücke darzu gekauft und zur Verbesserung bestimmt, oder Zusätze durch die Natur hervorgebracht, und der Wehrt vergrössert werden, aber diese letztern nennt man nicht P. St. sondern An- und Zuwüchse. Hängen sie mit dem Boden zusammen, so gehören sie zur Substanz, und nur in so ferne sollen sie, selbst nach den Behauptungen im Entwurf, zur Substanz gehören, und auf jeden Besitzer oder Eigenthümer übergehen. Bey jenen wird der ausdrückliche Wille des Eigenthümers erfordert, ehe sie P. St. werden können, also können sie im eigentlichen Verstand nicht zur Substanz gerechnet werden; was zum Wesen einer Sache gehöret, darüber bedarf es keiner Willenserklärung.

Viele

Viele der bey den P. St. bisher vorkommenden Schwierigkeiten werden daher, wie ich glaube, wegfallen, wenn man nur partes integrantes, Anwüchse, P. St. und bewegliches Gut überhaupt unterscheidet, und insbesondere das, was von wesentlichen Theilen gilt (die in beweglichen bestehen können) nicht mit den Pertinenzstücken vermenget.

Ich erkläre **bewegliche** Pertinenzstücke: Sachen, die vom Eigenthümer durch eine Art von Befestigung oder andere deutliche Merkmale zum beständigen Gebrauch einer andern bestimmt sind:

Unbewegliche hingegen: Grundstücke und Gerechtigkeiten, die zu andern und zu deren Verbesserung durch gemeinschaftlichen Ankauf oder andere zuverläßige Merkmale bestimmt worden sind.

Man sieht aus dem gegebenen Begriff, daß ich P. St. niemals, als zur Substanz einer Sache gehörend, ansehe, sondern dergleichen Stücke für partes integrantes halte. Es müssen aber aus diesem Satz nothwendig ganz andere Folgen fliessen, als andere Rechtslehrer, und selbst der Entw. d. Pr. G. B. für richtig halten. Indessen bin ich nicht der erste noch einzige, der von der gemeinen Lehre abgeht. **Brunnemann**, der bekanntlich schon vor hundert Jahren Einsichten hatte, und Sätze behauptete, die mancher jetzt gern für die seinigen ausgeben möchte, sagt:

> Consil. 162. §. 53. is, qui praetendit, unam rem esse de pertinentiis alterius rei, hoc *probare* tenetur etc. quae sententia confirmatur per id, quod traditur, quod regulariter nulla res pertinentias habeat, nisi illae ei fuerint attributae etc.

Zwar sind diese Ideen noch ziemlich dunkel, indessen ist

doch unleugbar, daß dieser Rechtslehrer in der Hauptsache mit mir einverstanden sey. Auch unsre deutschen Vorfahren dachten so. Man sehe die Formeln des Marcolphs oder Kaufbriefe vor etlichen hundert Jahren an; überall bedingen sich die Käufer aufs genaueste, was sie verlangen, gesucht und ungesucht, kurz alles, was der Verkäufer gewähren soll, ohne sich darauf zu verlassen, was durch gesetzliche Bestimmungen als Zubehör einer Sache geachtet werde. Wenigstens ist gewiß, daß eines Theils der Ausdruck: Pertinenzstücke: im Entwurf nicht selten von Sachen gebraucht worden sey, die im eigentlichen Verstand unter jene nicht gerechnet werden können, und daß andern Theils die Voraussetzung, P. St. gehören zur Substanz einer Sache, die Verfasser des Entw. d. Pr. G. B. vermocht habe, Sätze zu behaupten, die, ob sie gleich römisch und von dem meisten Theil der Rechtsgelehrten angenommen sind, dennoch schwerlich auf dem philosophischen Probierstein Korn halten werden. Ich will über einzelne Stellen desselben noch etwas gedenken.

Gleich in der ersten

I. Th. I. Abth. S. 101. §. 432.

Wird das Inventarium an Vieh und Ackergeräthe, ohne Ausnahme, als P. St. angesehen; da ich mir doch ein Gut ohne Inventarium nicht nur sehr wohl denken kann, sondern auch viel Güter würklich vorhanden sind, bey denen sich weder Vieh- noch andere Geräthschaften als Inventarienstücke befinden; es wäre also, wie ich glaube, hier die Bedingung hinzuzufügen, wenn dergleichen vorhanden und in solcher Maaße deutlich bestimmt ist. Gehören sie durchgehends zur Substanz der Sache, so ist die Verordnung

ebendas. S. 263. §. 24.

unnö-

unnöthig, daß darüber ein vollständiges Verzeichniß aufgenommen werden soll.

So viel hiernächst die Stelle des Entw.

I. Th. I. Abth. S. 280. §. 122. folg.

betrifft, so weiß ich solche mit dem daselbst gegebenen Begriff von P. St. nicht zu vereinbaren. Es wird hier verordnet, daß bey nicht vorhandener Erklärung des Fideicommißbesitzers, von ihm zugekaufte Stücke dem Fideicommiß für beständig einverleiben zu wollen, dem F. C. Folger dennoch freystehen soll, diese P. St. den Allodialerben zurück nehmen zu lassen, oder sie gegen Erlegung des von dem Verstorbenen dafür entrichteten Wehrts zu behalten. Ich überzeuge mich hingegen, daß bey nicht deutlich erklärten Willen, diese Stücke gar kein Pertinenz seyn, folglich dem F. C. Folger nicht das mindeste Recht darauf zustehe, vielmehr es blos von den Allodialerben abhange, mit dem Ihrigen zu thun, was sie für gut finden, wie in einem ähnlichen Fall

I. Th. II. Abth. S. 475. §. 604.

festgesetzt wird.

So viel hingegen die an dem letzten Ort §. 605. anbefohlne Wiederherbeybringung veräußerter P. St. bey Pfarreyen betrifft, so werden hier wohl nur Grundstücke zu verstehen seyn. In Ansehung der Inventarienstücke wird die Verordnung nicht anwendbar,

argum. §. 327. S. 786. des II. Th. des Entw.

im Gegentheil wird unter dem Ausdruck: Wiederherbeybringung: deren Wiederanschaffung in quali et quanto zu verstehen seyn.

Bey der Stelle in des Entwurfs

II. Th. S. 234. §. 68. 69. u. folg.

werden P. St. und natürliche Zuwüchse mit einander

vermenget, die an sich unterschieden sind. Zuwüchse entstehen an und vor sich aus der Hauptsache, vermöge des gewöhnlichen oder doch natürlichen Laufs der Dinge. Nicht also P. St. Diese müssen es durch Verbindung, gemeinschaftlichen Ankauf oder zuverläßige Bestimmung erstlich werden.

Um den daraus entstehenden Mißverständnissen, daß P. St. von andern ähnlichen Dingen nicht sorgfältig genug unterschieden worden sind, auszuweichen, hat man in den folgenden §. §. zu verschiedentlichen gesetzlichen Bestimmungen seine Zuflucht nehmen müssen, die vielleicht zu vermeiden gewesen wären, wenn man partes integrantes, Zuwüchse und P. St. hätte unterscheiden wollen. Ich wenigstens habe sonst nie gehöret, daß das stehende Holz im Wald (§. 87) unter dessen P. St. gerechnet worden wäre.

Unendlich weitläuftig würde ich seyn müssen, wenn ich mich bey jeder einzelnen Stelle des im Entwurf hierauf folgenden Verzeichnisses aufhalten wollte, habe es auch um so weniger nöthig, da ich in den an die hohe Gesetzcommission über diesen Titel eingesendeten Anmerkungen meine Meinung hinlänglich geäußert habe: wegen anderer Leser erinnere ich nur, daß es für die Bestimmtheit eines Begriffs keine vortheilhafte Meinung errege, wenn man ihm durch so viele einzelne Vorschriften zu

Hül-

Hülfe kommen muß. Was bleibt alsdann dem Richter übrig? oder sollte es der Chicane nicht möglich seyn, unter so vielen einzelnen Fällen Widersprüche zu finden, den Grund der Gesetze selbst verdächtig zu machen, und den Richter zu verwirren?

Nur noch eine einzige Erinnerung! Nach der angezogenen Stelle

des II. Th. S. 237. §. 87. des Entw. d. Pr. G. B.

gehöret alles stehende Holz, und nur dieses, zu einem verkauften Wald. Aber eines Theils gehört doch ein Vorrath von Brennholz so gut als die Früchte bis zur Ernde, zur unumgänglichen Nothdurft bey Fortsetzung der Wirthschaft, welches vorzüglich auch in Ansehung des Nutz- und Geschirrholzes gilt, das erstlich austrocknen muß: und dann können Bäume noch auf dem Stamm stehen und doch verkauft, und das Geld dafür bereits eingenommen seyn. Man weiß ja, so bald ein Baum geschlagen (angewiesen) ist, so gehört er dem, der ihn bezahlt, oder wegen der Bezahlung Stündung erhalten hat, ob er gleich den Baum noch einen oder etliche Monate nach seiner Bequemlichkeit oder in andrer Rücksicht auf dem Stamm stehen läßt.

Die ebendaselbst S. 397. §. 258. enthaltene Vorschrift möchte wohl auch eine nähere Bestimmung be-

 dürfen.

dürfen. Ungezweifelt ist sie, wenn der Erblasser sich z. B. ausdrückt: Titio vermache ich die Ohme Nr. 5. von meinem Wein. Hier versteht sich das Faß mit. Wenn aber das Vermächtniß lautete: ich legire Cajo eine Ohme von meinem Wein, ohne weitern Zusatz; alsdann scheint mir der Wille des Erblassers, der doch hier allein entscheiden muß, noch sehr zweifelhaft, zumal wenn der Erblasser allen Wein auf großen Fässern liegen hätte und kein ohmigt Faß gefüllt hinterließe. Sind Gefäße, worinn flüßige Sachen verkauft zu werden pflegen würklich P. St. derselben, so kann der Käufer, der sie titulo oneroso erhält, sie mit mehrerm Recht, als der Legatarius, der nichts dafür giebt, verlangen: ich habe aber noch keinen so treuherzigen Weinhändler gefunden, welcher mir das Faß umsonst in den Kauf gegeben hätte. Wenn der Käufer solches verlangt, so muß er es sich bedingen. Wir wollen diese Disposition auf einen andern Fall anwenden. Auch Getraide kann nicht ohne Beyhülfe von Säcken fortgebracht werden, gleichwohl hat noch Niemand zu behaupten sich getrauet, daß bey einer legirten Quantität Getraids auch die Säcke mit verstanden und dem Legatario ausgeantwortet werden müßten. Ich weiß es wohl, nicht die Bequemlichkeit des Fortbringens, sondern die gewöhnliche Art der Aufbewahrung wird hier und bey den Stellen

ebend. S. 241. §. 114. folg.

wo

wo Repositorien und Bücherschränke, Behältnisse der Naturalien, Kunststücke und Edelsteine als P. St. angegeben werden, als Grund des Gesetzes angesehen; ich kann aber dieses ohne weitere Merkmale, mit dem erforderten deutlich erklärten Willen des Eigenthümers nicht vereinbaren.

Ich will meine Meinung kurz zusammen fassen:

Zur Substanz gehören die P. St. eigentlich nicht; was zu jener gerechnet werden kann, das sind partes integrantes. Verbesserungen, Zuwüchse und Früchte sind ebenfalls keine P. St. und müssen nach ihrem eigenen Begriff erklärt und beurtheilt werden. Nicht minder sind Inventarienstücke von Pertinenzstücken unterschieden. Sie können noch weniger zur Substanz gerechnet werden. Wer solche oder Vorräthe aller Art bey einem Kauf verlanget, muß sie sich bedingen; Kaufhandlungen durch Bausch und Bogen ausgenommen. Pertinenzstücke braucht sich der Käufer nicht versprechen zu lassen, allein ihre Eigenschaft muß durch die Befestigung oder Verbindung mit der Hauptsache, durch deutlich erklärten Willen, oder doch durch andere zuverlässige Merkmale, z. B. die gemeinschaftliche Erkaufung, Consolidation, Auftragung zu Lehn ꝛc. klar seyn, wenn der Käufer mit dem Beweis verschont seyn will, daß er mit der Hauptsache auch die Nebenstücke erkauft haben;

be; und hiernach beurtheile ich hauptsächlich die Stelle in des

Entw. II. Th. S. 243. §. 122. „will der Ver„käufer weniger an Zubehör, als die gesetzlichen „Bestimmungen mit sich bringen, gewähren, so „muß er sich solches ausdrücklich vorbehalten„

und glaube, daß im zweifelhaften Fall, nach der obangeführten Meinung des Brunnemanns die Auslegung für den Verkäufer und gegen den Käufer zu machen sey, davon im Aufsatz: de Regulis Juris noch ein und anders vorkommen wird.

XII.

Von der Competenz.

Es möchte zwar ganz überflüßig scheinen, etwas von der Competenz zu sagen, da de Wernher in Observ. For. Tom. II. P. VII. Observ. 85. eigens und ausführlich von diesem Vorwurf gehandelt hat, auch kein Zweifel ist, daß die Verfasser des Entwurfs des Pr. G. B. jene Abhandlung vor Augen gehabt, und, wo sie davon abgegangen sind, gute Ursachen dazu gehabt haben. Indessen habe ich doch geglaubt, nachstehende Anmerkungen könnten, wenn sie auch nichts neues enthielten, doch wenigstens zur Wiederholung und Rückerinnerung an dasjenige, was man bereits weiß, dienen, und — dann können gewisse Wahrheiten nicht oft genug gesagt werden.

Ich muß zuförderst festsetzen, daß ich hier unter Competenz diejenige Summe verstehe, die der Richter zum Unterhalt eines Schuldners aus dessen in Concurs gediehenem Vermögen anweiset, so daß ihn die Gläubiger wider Willen und Dank ernähren müssen.

Nach meiner Meinung unterscheidet man gemeiniglich nicht, wie es doch seyn sollte, die Pflicht zur Darreichung des Unterhalts und die Schuldigkeit zu Aussetzung einer Competenz. Diese kann nicht eher eintreten, als bis von jener nichts zu hoffen ist. Ich habe mit Fleiß nicht hinzugefügt, ob der Unterhalt blos aus nothdürftigen Alimenten bestehen, oder ob zugleich wenigstens einigermaßen auf den Stand des Beneficiaten Rücksicht genommen werden soll. Der angezogene de

Wern-

Wernher bestimmt: necessaria vitae subsidia: aber da das Leben- und die Lebensart mancherley ist, so wird auch hiernach das richterliche Ermessen bey Bestimmung der Competenz sich richten müssen. Vornehmen Schuldnern dürfte mit Wasser und Brod und einem Kittel von Beidermann sehr wenig gedient seyn, ob ich schon gar nichts dargegen habe, wenn die Competenz auf den unentbehrlichsten Lebensunterhalt eingeschränkt wird. Doch läßt sich dieses nicht immer thun.

Wenn z. B. die Renthcammer eines Stands des Reichs dergestalt in Verfall kommt, daß nothwendig eine Debit- und Sequestrations-Commission angeordnet werden muß, so tritt ein doppeltes Verhältniß ein; einmal eines gemeinen Schuldners, und dann der Stand eines Regenten, welcher, der Unzulänglichkeit seiner Cammer-Einkünfte ungeachtet, die Landesregierung beybehält, die ohne Aufwand, und selbst wenn man will, ohne einen gewissen Glanz nicht geführt werden kann. Man bestreitet diesen aus der Debitmasse, mithin in so ferne zwar auf Unkosten der Gläubiger, die sonach auf ihre Befriedigung länger warten müssen; doch um des gemeinen Besten willen, und weil gemeiniglich ein ander Mittel oder sonstiger Fond dazu nicht vorhanden ist. Indessen büssen in solchen Fällen die Gläubiger, da sie ihre Forderungen zwar nach und nach, doch cum omni caussa, bezahlt erhalten, so sehr viel nicht ein, und dann überzeuge ich mich, daß wo ein ander Auskunftsmittel getroffen werden kann, diese Competenz nicht auf Unkosten der Gläubiger, sondern z. B. der Landschaft, die zur Unterhaltung der Reichsständischen Würde zuerst und vorzüglich verpflichtet ist, abgereichet werden müsse, wie, wenn es nicht bekannt genug wäre, desfalls manche Exempel angeführt werden könnten.

Ich möchte hingegen dasjenige, was von Ständen des Reichs behauptet wird, auf adeliche Personen und Lehns-

Lehnsbesitzer, selbst wenn sie Landstände wären, noch nicht anwenden: Nur Siegfried von Lindenberg konnte behaupten, er sey ein Edelmann, so gut, wie der Kaiser. Ich gebe zwar gerne zu, daß in der Verfassung, worinn wir leben, ja vielleicht in jeder Verfassung, ein Mittelstand zwischen dem Regenten und dem Volk (beyde Ausdrücke in ihrem weitläuftigsten Sinn genommen) nöthig, und ein Damm zwischen beyden unentbehrlich sey, (obschon in Frankreich an dessen Wegschaffung, Gott weiß mit welchem Erfolg! gearbeitet wird) damit weder jenes Gewalt in Despotie und Tyranney, noch die Anmaßung und Zügellosigkeit des letztern in Gesetzlosigkeit und Anarchie ausarte: (wiewohl auf diesem Damm gemeiniglich nichts, als Bäume der Aristocratie, oder Quecken der Sclaverey zu wachsen pflegen) Indessen sehr viel, was man aus diesem allgemeinen Satz herleitet, folgt würklich, und wenn man die Sache in ihrem wahren Lichte betrachtet, nicht draus, ob wir schon, weil wir des Irrthums gewohnt sind, und von Jugend auf nicht anders gehöret haben, uns getrost dabey beruhigen, und wohl gar in der Meinung stehen, wir hätten die Vernunft und das Recht auf unsrer Seite, da wir doch aus vorgefaßter Meinung und hergebrachter Uebereilung Irrthum für Wahrheit angesehen, und statt der Juno eine Wolke erhascht haben, so daß in Ansehung der Rechtsgelehrten zuweilen eintrifft, was die staatskluge Dame von Western *) von den Männern überhaupt bemerkt, daß sie entfernte, schwere und verwickelte Dinge auszuspähen, vorauszusehen, und zu entscheiden zwar im Stande seyn; gleichwohl, was ihnen vor der Nase liegt weder vermuthen, noch auch fassen. Die böse Dame!

Aus der Aufrechthaltung des Mittelstandes zwischen dem

*) S. die Geschichte des Thomas Jones, eines Fündlings von Fielding.

dem Regenten und dem Volk, wenn jener gleich aus einzelnen Mitgliedern besteht, mithin auch dafür gesorgt werden muß, daß diese nicht alle in einen Zustand herab sinken, wo sie verächtlich werden, und die von ihnen erwarteten und geforderten Pflichten nicht erfüllen können, fließt die Verbindlichkeit noch nicht, daß unschuldige Gläubiger diese Last über sich nehmen müssen.

Es ist ohnehin das unbeantwortlichste Problem, wie Leute, die das Ihrige durchgebracht haben, die mithin weder Treue noch Glauben verdienen, Gottlose, wie sie die Bibel ohne Ausnahme nennt, wie, sage ich, solche Leute eine Schutzmauer des Staats sollten abgeben können; das Gegentheil läßt sich eher von Leuten vermuthen, die keine wahre Ehre mehr zu verlieren haben, und denen mithin, ihrer Gewohnheit nach, jede Gelegenheit willkommen seyn muß, auf Unkosten andrer, selbst des Staats, Mittel zur Fortsetzung ihrer bisherigen Lebensart zu erhalten, wobey sie sich über die Moralität den geringsten Kummer nicht machen werden.

Und dann beruht jener Damm nicht auf allen adelichen und Lehnsbesitzern ohne Unterscheid. Wird gleich der eine oder der andre derselben hierbey außer Würklichkeit gesetzt, ey, non deficit alter! Das Corpus desselben bleibt immer und wird desto ehrwürdiger, wenn schon einige faule Glieder und unnütze Auswürfe davon abkommen.

Wenn indessen auch hierauf einige Rücksicht nicht genommen wird, so ist es doch billig, daß das Lästige einer Sache nur demjenigen aufgebürdet werde, dem das Nützliche davon zukommt: mithin im gegenwärtigen Fall, daß die Mitglieder theils vom Regenten, *) theils vom gesamm-

*) Der mehrbelobte de Wernher erkennt am a. O. die Verbind-

gesammten Staat, nicht aber von ihren Gläubigern erhalten, diese vielmehr mit einigem Beytrag um so mehr verschont werden, als sie ohnehin bey dem Concurs meistentheils mehr einbüßen, als der Beytrag andrer Staatsbürger ausmachen kann. Wird aber die Competenz als eine Alimentation betrachtet, so sind, wie ich oben gedacht habe, die Anverwandten und Lehnsgenossen viel näher und genauer dazu verbunden. Ueberhaupt, wenn dieser aus dem Mittelstand hergenommene Grund eine Competenz zu bewürken vermag, so wird diese allen Dienern des Staats, hohen und niedern, ohne Ausnahme, und nicht blos den weltlichen Räthen und geistlichen Dienern, mit Einschluß der Organisten *) angedeihen müssen.

Der Entwurf des Pr. G. B. ist mit mir nicht völlig einverstanden. Zwar wird darinn die Verbindlichkeit zur Alimentation von der Verbindlichkeit zur Competenz genauer, als von dem erörterten de Wernher, unterschieden, auch ferner dieses klägliche Beneficium viel wenigern Personen eingeräumt, als sonst gemeiniglich z. B. bey Doctoren ꝛc. geschiehet; ja sogar

I. Th. II. Abth. S. 86. in der Note

ausdrücklich und sehr richtig festgesetzt, daß die Rechtswohl-

bindlichkeit des Lehnherrn, den Vasallen zu unterstützen.

Man muß, sagte Heinrich IV. zu dem tapfern und verdienten la Nue, dessen Geräthe wegen Schulden angehalten wurde, man muß seine Schulden bezahlen; ich bezahle die Meinigen auch: und gab ihm Edelgesteine um sie den Gläubigern zum Pfand einzusetzen.

Schröckhs allg. Biograph. I. Th. S. 335.

*) v. Hommel. Rhapsod. Observ. 618.

wohlthat der Competenz ein besonderes Verhältniß zwischen dem Gläubiger und Schuldner voraussetze, welches jenem die moralische Pflicht auflegt, sich dieses näher, als es die gemeine Menschenliebe schon verlangt, anzunehmen: und hiernach beurtheile ich auch die Stellen

Ebendas. §. 96.

wo von der Competenz der Stadtcämmereyen gegen die Mitglieder der Bürgerschaft *)

ferner S. 453. §. 451. 452.

wo von dem nothdürftigen Unterhalt verarmter Patronen aus dem gnugsam dotirten Kirchenschatz (auch deren Eheweiber und Kinder weiblichen Geschlechts?) nach Abzug aller erforderlichen Ausgaben zur Unterhaltung ihrer Anstalten

II. Th. S. 349. §. 788. folg.

wo von Bestimmung einer Competenz zu sechs vom hundert (alljährlich oder ein für allemal?) für den Geschenkgeber von dem Beschenkten, doch unter verschiedenen Einschränkungen und endlich

das. S. 690. §. 220. 221.

wo von der Competenz solcher Personen, welche zur Zeit angefallener Lehne wegen Wahn- und Blödsinns für bürgerlich tod erklärt worden, **) gehandelt wird.

In

*) Von der Schuldigkeit der Bürger das gemeine Stadtwesen zu erhalten, handelt de Wernher ausführlich a. a. O. p. m. 227.

**) Dieses ist mehr Alimentation, als Competenz. Wären keine Lehnseinkünfte, nach Bezahlung der Schulden vorhanden, so würden diese unglückliche Personen von ihren nächsten Verwandten, und in deren Entstehung vom Staat ernähret werden müssen.

In andern Stellen hingegen, z. B.

I. Th. II. Abth. S. 510. §. 853.

vermisse ich jenes besondre Verhältniß zwischen den Gläubigern und dem verschuldeten Canonico

II. Th. S. 499. §. 265.

zwischen jenen und dem Bürgen des gemeinen Schuldners, gleich diesem, wenn der Fall der Vertretung zur Zeit des entstandenen Concursus schon würklich vorhanden war; auch endlich und hauptsächlich

ebendas. S. 689. §. 213.

zwischen den Gläubigern und verschuldeten Lehnsbesitzern. *) In dieser letzten Stelle wird sich auf die Prozeßordnung bezogen: ich überzeuge mich hingegen, wie ich, wenn ich nicht irre, schon mehr erwähnet habe, daß Vorschriften, die nicht den Gang und die Richtung der Processe betreffen, allerdings in das Gesetzbuch, und nicht in die Prozeßordnung gehören.

Nach der Analogie der Kirchenpatronen (die gleichwohl in Ansehung der von ihnen dotirten Kirchen als Schenkende mit Recht zu betrachten sind,) hätte ich bey der letztern Stelle wenigstens den Zusatz erwartet: wenn die Einkünfte des sequestrirten Lehns zur successiven Abstoßung der Schulden cum omni caussa binnen zwanzig Jahren hinreichen, und noch etwas für den gemeinen Schuldner übrig bleibt.

Außer dem fehlt hier nicht nur die sonst von den Rechtslehrern erforderte Bedingung wegen der von dem

*) Von der Unverbindlichkeit des unschuldigen Ehegatten, den schuldigen nach getrennter Ehe zu ernähren, oder ihm eine Competenz auszusetzen, habe ich im Aufsatz: Casus matrimoniales: gehandelt.

Schuldner zu bestellenden Bürgschaft, das Empfangene zu ersetzen, wenn er zu bessern Vermögensumständen käme, sondern es gewinnt auch, da hier von allen Fällen die Rede ist, das Ansehen, worwider ich vorhin geeifert habe, daß selbst muthwilligen Bankeruttirern eine Competenz aus den Lehnseinkünften angedeihen soll, welches den Meinungen der Rechtslehrer, (worauf sich doch und allenfalls auf eine übel verstandene Billigkeit die Lehre von der Competenz alleine gründet,) entgegen stehet; und endlich so fehlt nicht nur das sonst erforderte Verhältniß zwischen dem Gläubiger und Schuldner, sondern sogar auch ein hinlänglicher gesetzlicher Grund. Der aus der Aufrechthaltung des Mittelstandes hergenommene fällt, wie ich oben gezeigt habe, hier weg. Stimmt man hingegen an, wie im Entwurf des Pr. G. B. mehr geschieht, daß dieser Vorzug den Lehnsbesitzern, als Adelichen, mithin als angebornen Vertheidigern des Staats gebühre, so weiß ich doch eines Theils damit nicht zu vereinbaren, daß in der zuletzt bemerkten Stelle von Lehnsbesitzern überhaupt und nicht von adelichen insbesondere die Rede ist (man weiß ja, daß selbst nach den Preußischen Landesgesetzen nicht alle bürgerliche vom Besitz der Lehen ausgeschlossen sind) und dann glaube ich auch hier behaupten zu dürfen, daß nicht die Gläubiger, sondern der Staat, der von seinen angebornen Vertheidigern alleine Dienste zu erwarten berechtigt ist, für deren Unterhaltung Sorge zu tragen habe.

Wenn man überdieses in Erwägung zieht, von welchen überaus schädlichen Folgen es seyn müsse, wenn, wie sich der Herr Cammer-Gerichtsrath Klein zu Berlin *) mit etwas veränderten Worten ausdrückt:

Wenn

*) S. deutsches Museum 1784.

Wenn der Bürger des Staats die Gerechtigkeit als — eine wetterlaunische Matrone zu betrachten genöthigt ist, wenn er einsieht, daß Recht und Unrecht nicht auf festen Grundsätzen beruhen, Zwang für Ordnung herrscht, und Eigensinn (Vorliebe zu gewissen Ständen) für Gründe gegeben wird;

So sollten billig unschuldige Gläubiger in keinem Fall genöthigt werden, ihren vornehmen muthwilligen Schuldner zu ernähren, der nichts als den zufälligen Umstand vor ihnen voraus hat, daß er ein Lehn besitzt, und der mit ihnen in keinem Verhältniß weiter steht, als daß er sie um ihr Vermögen ganz oder zum Theil gebracht hat.

Findet es also der Staat für nöthig, in Rücksicht auf gewisse Verhältnisse Barmherzigkeit auszuüben; So thue er es von dem Seinigen, und nicht auf Unkosten eines dritten, dem alle dergleichen erzwungene Beyträge an Personen, die ihn um das Seinige brachten, nothwendig äusserst verhaßt seyn müssen, zumal, wenn er sieht, daß Leuten seines Gleichen in ähnlichen Fällen so zu reden das Hemd vom Leibe gerissen wird: ausserdem trifft das Sprüchwort buchstäblich ein: Kleine Diebe henket man ꝛc. und das Verfahren des Crispins, der das Leder entwendete, und die daraus gefertigten Schuhe umsonst an Arme hingab.

Wahr ist es freilich, wenn z. B. ein adelicher Schuldner oder andrer vornehmer Taugenichts so weit herabkommt, daß er kein Vermögen mehr zu verzehren hat, so ist er verhältnißmäßig viel übler dran, als ein andrer Bürgerlicher oder Bauer, der mit dem, was er gelernt hat, oder doch mit seiner Hände Arbeit sich und die Seinigen nothdürftig zu ernähren im Stand ist.

Aber mich dünkt, daraus folge nur so viel, daß jener, wenn er seine Lage weiß, um desto behutsamer seyn sollte, sich nicht in Umstände zu versetzen, wo er von andrer Leute Gnade leben muß, welches gewißlich auch in den meisten Fällen geschehen wird, wenn solche vornehme Müssiggänger keine Competenz im Hinterhalt wissen: noch glücklicher, wenn daraus die heilsame Folge entstände, daß sie die Wahrheit einsehen lernten, es sey wahre Schande, blos um zu vegetiren in der Welt zu seyn, und noch größere, um einer unverschämten Hochmuths oder eingebildeten Wohlstandsgrille wegen, andern ehrlichen Leuten zur Last zu fallen, ihnen das Ihrige vorzuenthalten, oder sie wohl gar unter dem Schein des Rechts zu plündern!

Ich habe bisher von Leuten gesprochen, die durch ihr Verschulden in Verfall ihres Vermögens gerathen sind. Doch selbst zur Unterhaltung jener, welche zwar unglücklich waren, doch den Namen: Bösewichte: nicht verdienen, (ob ich schon in solchen Fällen zu der gutmüthigen Denkungsart meiner Nebenmenschen das beste, oft durch Erfahrung erprobte Zutrauen hege, daß sie Leute, die offenbar durch unverschuldete Unglücksfälle um ihr Vermögen gekommen sind, nicht völlig zum Umsturz bringen, ihnen vielmehr zur Erholung Zeit gönnen, oder auch einen Theil ihrer Forderungen freywillig fahren lassen werden) waltet das sonst im Entwurf des Pr. G.

B. erforderte Verhältniß nicht vor. Die Gläubiger haben zu deren Unterhaltung eben nicht mehr Verbindlichkeit, als jeder andre Mitbürger.

Die Rechtsgelehrten haben dieses in so fern eingesehen, daß sie solche Gläubiger, die des Ihrigen eben so bedürftig sind, als die eine Competenz verlangende Schuldner, von der Mitleidenheit frey sprechen; allein nach meinen Begriffen darf der Unterschied, ob eine Parthey reich oder arm sey, das Recht selbst nicht verändern; sonst müßten auch z. B. reiche Partheyen jedesmal für die armen, wenn diese gleich unrecht, und jene recht behalten hätten, die Prozeßkosten bezahlen. Und nun, wie kämen die übrigen Gläubiger dazu, auch den Antheil des armen Mitgläubigers an der Competenz zu tragen?

Man behauptet insgemein, wenn ein Schuldner zur Bezahlung sich eidlich anheischig gemacht habe, daß er alsdann mit dem beneficio competentiae sich nicht schützen könne. *) Allein der Eid kann nicht mehr

*) Vielleicht ist dies eine Mitursache, weswegen außer den im Entwurf

I. Th. II. Abth. S. 134. 135.

benannten Personen, andre sich wechselmäßig nicht sollen verbinden können, sie müßten denn solche Befugniß

per

Verbindlichkeit zur Bezahlung würken, als der Schuldner vorhin und an sich hatte; überdieses würden sich Wechselgläubiger, da Wechselverbindungen jedesmal eine eidliche Versicherung in sich halten, des Beytrags zur Competenz mit Recht weigern können, und diese Last wenigstens zum Theil auf die gerichtlich versicherten fallen, welche doch bey weitem mehr Vorsicht angewendet, und auf öffentliche Treue und obrigkeitlichen Glauben sich verlassen haben, welches Absurdum zu behaupten, ich mir nicht getraue.

per modum privilegii erlangt haben. In der Note auf der zuletzt bemerkten Seite wird die nähere Bestimmung davon, welche Personen vi privilegii sich wechselmäßig verbinden können, auf die Materie von Verträgen verschoben; ich habe aber im II. Th., wo von Verträgen gehandelt wird, nichts davon finden können.

XIII.

Von der Ausflucht des nicht empfangenen Geldes.

Von Quittungen.

Wer dürfte es dem verewigten Friedrich II. verdenken, wenn er sich in manche Krümmungen und Spitzfindigkeiten der Rechtsgelehrten nicht finden konnte, er, der so gerade dachte und handelte? Ist es doch gewiß genug, daß es der abentheuerlichen Meinungen der Doctoren viel gebe, daß diese oft die große Kunst verwirre, und daß sie daher selbst zuweilen nicht wissen, wo sie zu Hause sind. Wer mich beschuldigt, daß ich hierinn zu weit gehe, den will ich nur, statt aller Beyspiele, auf den würklich großen Juristen Balthasar von Wernher weisen: Wie mühseelig und künstlich derselbe in seinen Select. Observ. Forens.

P. I. Observ. 6.

den Satz zu erweisen sucht, ob ein Schuldner nach Verlauf von zwey Jahren, die Ausflucht der unbezahlt gebliebenen und als bezahlt bekenneten Geldsumme annoch vorschützen könne, den er

P. IV. Observ. 46.

ganz kurz als irrig verwirft.

Aehnliche Abweichungen sind bey andern eben so möglich, und eben so verzeihlich!

Wenn es wahr ist, wovon ich anderwärts geredet habe, daß unsre bisherigen Gesetze nur durch das Bedürfniß des jedesmal gegenwärtigen Falles entstanden sind; so ist es eben so zuverläßig, daß auf gleiche Weise die Ausnahmen davon, die Exceptionen, ihren Ursprung herlei-

herleiten. Oft wahre, oft eingebildete Billigkeit, zuweilen die Analogie andrer rechtlichen Vorschriften, und die schiefe Anwendung anerkannter Rechtsregeln hat neue Ausnahmen von jenen Ausnahmen bewürkt und der Chicane einen weiten Spielraum eröfnet, so daß würklich in keiner Scienz mehr Zweifel und widersprechende Meinungen herrschen, als bey der gottgeheiligten Justiz. Segen über **Friedrichs** II. Andenken für seine Bemühungen, dieses Chaos in Ordnung zu bringen! Segen über alle, die durch ihre Einsichten und Fleiß etwas dazu beytragen, die neue Schöpfung der Rechtsgelehrsamkeit zu bewerkstelligen!

Ich wende mich zu meinem eigentlichen Vorwurf! man muß zuförderst, wie ich mich überzeuge, die Exceptionem non numeratae pecuniae durchaus nicht mit der Exceptione implementi non secuti, vel non adimpleti contractus verwechseln. Diese ist perpetua, kann zu jeder Zeit und in allen Instanzen des Prozesses vorgeschützt werden, und beschweret denjenigen, dem sie entgegen gesetzt wird, mit dem Beweiß, daß er seiner Seits dem Vertrag eine Genüge geleistet habe. Schon hieraus erhellet der wesentliche Unterschied unter beyden. Wer diese vorschützt, beruft sich auf einen Vertrag, in welchem von der, zur Zeit der Errichtung desselben, künftigen Erfüllung der bedungenen Verbindlichkeiten die Rede ist. Jene, die Exceptio non numeratae pecuniae, bezieht sich auf bereits erfüllte Bedingnisse des Mitcontrahenten. Es ist billig, daß derjenige, welcher auf die Erfüllung einer zweyseitigen Verabredung klagt, zuvor selbst darthut, daß er der bedungenen Obliegenheit seiner Seits eine Gnüge geleistet habe. Nicht also, wenn aus dem Instrument erhellet, daß das, was gefordert wird, (der Vertrag mag übrigens ein- oder zweyseitig seyn) bereits geleistet werden sey.

Der

Der Exceptioni rei non sic sed aliter gestae kommt die E. non numeratae pecuniae viel näher, sogar, daß manche Rechtslehrer alles, was von jener gilt, auch von dieser behaupten. Und doch sind beyde verschieden. Jene muß derjenige, welcher sich darauf gründet, ohne Ausnahme erweisen. Diese Last will bey der Except. n. n. p. demjenigen aufgebürdet werden, welcher das vollständigste Beweißmittel, das eigne schriftliche Bekenntniß, bereits in den Händen hat. Es ist indessen in jedem Fall eine sehr große Nachläßigkeit, wenn man weiß, man hat ein Bekenntniß über den Erfolg einer Sache, oder über empfangenes Geld ausgestellt, (ohne daß das eine oder das andre in der That sich also verhielte,) und nun zwey völlige Jahre stille sitzt, ohne sich dargegen durch gerichtliche Anzeige zu decken; allein, wie derjenige, welcher über quittirtes Geld ein richtiges schriftliches Bekenntniß in Händen hat, mit Fug und Recht angehalten werden könne, die erfolgte Zahlung noch ferner zu beweisen; das kann ich mit der Billigkeit und dem natürlichen Lauf der Dinge nicht zusammen reimen: und eben so wenig kann ich jenen Rechtslehrern beyfallen, welche sogar nach Verlauf von zwey Jahren dem Schuldner die Ausführung der bemerkten Ausflucht nachlassen, wenn er den Beweiß der nicht erfolgten Zahlung übernehmen will.

Die zur Unterstützung der ersten sonderbaren Meinung, nach welcher der Gläubiger die Auszahlung an den Schuldner doppelt erweisen soll, vorgebrachte Ursachen sind folgende:

1) Wenn der Entlehnende Geld brauche, so suche er sich auf alle Art dem Gläubiger gefällig zu machen: es würde gewissermaßen unhöflich seyn, wenn er die Summe erst zugezählt verlangen, und hernach den Schein darüber ausstellen wollte; auch sey der Gläubiger berechtigt,

tigt, vor der Auszahlung die Handschrift ꝛc. durchzusehen, ob sie ihm in der gehörigen Form ausgestellt zu seyn dünke, wenn er sie hernach behalte, ohne das Geld zu schießen, und der Schuldner sollte in seiner Bedrängniß noch oben drein erweisen, daß er es nicht empfangen habe, das würde seine Verlegenheit vergrößern: Er sey derjenige, der in Noth stecke, und sich alles vom Gläubiger gefallen lassen müsse, aus Furcht, dieser möchte sonst das Darlehn zurück nehmen. Er verdiene daher Mitleiden, und es sey billig, ihn gegen die Bedrückungen harter und gottloser Gläubiger in gesetzlichen Schutz zu nehmen.

2) Der Schuldner gründe sich auf einen verneinenden Satz, den zu erweisen er nicht nöthig habe; dieses sey vielmehr des Gläubigers Sache. Diesem stehe ohnehin frey, Zeugen, wodurch die Auszahlung des Geldes sogleich erwiesen werden könne, zu Hülfe zu nehmen, oder sie gerichtlich zu leisten, sich nach Verlauf einiger Zeit von dem Schuldner ein besonderes Bekenntniß ausstellen zu lassen u. s. w.

Beydes ist mir nicht hinlänglich. In Angelegenheiten, wobey es auf das Mein und Dein ankommt, hört sonst die Höflichkeit und Gefälligkeit auf. Ueberdieses finde ich weder in der Natur der Sache, noch auch in der Erfahrung einen Grund, wohlhabende Leute für arglistig und boshaft, nothleidende hingegen für einfältig und unschuldig zu achten. Das Gegentheil nehmen Leute, die nicht nach den Einbildungen auf der Studierstube, sondern nach der Wahrheit, nach dem würklichen Umgang und der täglichen Beobachtung die Menschen beurtheilen, weit öfter wahr. Ist es doch beynahe zum Sprüchwort geworden: Ein armer Unterthan, ein böser Unterthan: und dieses findet nicht nur im Verhältniß zwischen dem Herrn und dem Unterthan, sondern auch über-

all statt, wo eins dem andern Verbindlichkeit haben sollte. Die Dankbarkeit ist leider viel seltner als man glaubt.

Ich weiß es, es giebt Wucherer, hartherzige, unbarmherzige, betrügerische Bösewichte, die reich sind, und es vielleicht, ohne diese schlimmen Eigenschaften nicht geworden wären: Aber wer wollte leugnen, daß es auch Arme gleichen Schlags gebe, die nichts suchen, als sich mit Schaden ihrer Nebenmenschen zu bereichern, oder doch auf einige Zeit fortzuhelfen, und die dabey desto weniger wagen, je weniger sie zu verlieren haben? Sie haben ihre Hofnung auf nichts gesetzt, es kann ihnen nicht fehlen!

Wenn aber auch dieses nicht wäre, vielmehr die Erfahrung das Gegentheil von dem, was sie würklich an die Hand giebt, lehrete, so würde doch aus dem allen nichts, als eine schwache Vermuthung entstehen können, die nicht gegen die stärkere, nach welcher Jedermann für rechtschaffen zu halten ist, bis das Gegentheil dargethan worden, und am wenigsten gegen die Gewißheit, gegen das eigenhändige Bekenntniß, in Betrachtung kommen kann. Es treibt überdieses den Schuldner nicht die geringste Noth dazu, den Schein über den Empfang des Geldes eher auszustellen, als er es würklich empfangen hat. Ich habe in meinem Leben manches tausend Thaler eingenommen, ohne daß es ein einzigesmal an mich verlangt worden wäre, den Schein darüber vor der erfolgten Zahlung auszustellen. Ueber die Form und Einrichtung der Urkunde kann man sich ebenfalls anfänglich einverstehen, oder sie kann bis auf das Datum und die Unterschrift fertig geschrieben, und erst nach geschossenen Geld vollzogen werden: die

ad 2) berührte Vorsichtigkeitsanstalten liegen dem Schuldner ob, der das Darlehn verlangt, nicht dem Gläubiger

biger. Wenn jener sie nicht beobachtet, so ist es seine Schuld, und er trägt die daraus entstehenden Unbequemlichkeiten billig. Dieses gilt auch vom wiederholten Bekenntniß über das empfangene Geld: es zeigt ein schlechtes Zutrauen des Gläubigers in die Ehrlichkeit des Schuldners an, wenn er eine doppelte Versicherung von diesem verlangt, welche ohnehin zu mehrern Unbequemlichkeiten und selbst Nachtheil des Schuldners die Veranlassung geben kann, als wenn dessen einmal ausgestellter Schein so lange, bis er das Gegentheil dargethan hat, für gültig angenommen wird. Der von gesetzmäßiger Befreiung von der Beweißlast desjenigen, welcher einen Satz verneinet, hergenommene Grund sagt gar nichts. Wer sich auf ein Factum gründet, ohne daß er desfalls eine Vermuthung vor sich hätte, der muß es beweisen, der Satz an sich mag bejahend oder verneinend seyn. Ich denke darüber ist kein Streit mehr, und sollten sich unter meinen Lesern wider Vermuthen noch welche finden, die davon nicht überzeugt wären, so will ich sie auf

Ludovici Einleit. zum Concurs-Prozeß Cap. X. §. 18. und

Hommel. Rhapsod. Observ. 48.

und die daselbst angezogenen Rechtslehrer verweisen. *)

Nim-

*) Auch die Verfasser des Entwurfs d. Pr. G. B. denken hierunter mit mir gleichstimmig, z. B.

II. Th. S. 394. §. 235.

I. Th. I. Abth. S. 117. §. 533. verbis: „Wenn eine „des würklichen oder wahrscheinlichen Ehebruchs we„gen geschiedene Person sich anderweit zu verehelichen „gesonnen ist; so muß sie zuvor nachweisen, daß die „Person, welche sie zu heyrathen gedenkt, an der „Mishelligkeit, welche die Ehescheidung veranlaßt, „keinen Theil habe:„ u. a. O. m.

Indeß-

Nimmermehr aber kann mit Fug demjenigen der Beweiß aufgebürdet werden, welcher nicht nur eine Vermuthung, sondern das eigne Bekenntniß, das der beste Beweiß ist, vor sich hat. Wollte man gleich ferner

3) einwenden, es könnten Fälle vorkommen, wo beyde Contrahenten ihrer Convenienz gemäs fänden, einen bloßen Scheinvertrag einzugehen, wobey das Bekenntniß der Schuld von Seiten des einen Theils erforderlich wäre, obschon beyde Contrahenten wohl wüßten, daß eine Bezahlung würklich nicht geschehen wäre, und von daher könne leicht ein Misbrauch mit dem Bekenntniß gemacht werden; so stelle ich doch eines Theils dahin, ob nicht dergleichen Scheincontracte, die fast nothwendig zur Bevortheilung eines dritten abzwecken, *) ganz für ungültig zu achten seyn; und andern Theils, sollte doch die gesunde Vernunft soviel Klugheit lehren, sich gegen ein erdichtetes Schuldbekenntniß einen Rückschein geben zu lassen, um die Würkung desselben zu entkräften. Wer diese natürliche Vorsichtigkeit unterläßt, der trägt den ihn daraus entstehenden Schaden billig.

Dieses

Indessen führe ich diese Stelle nur bestimmt zu Bestätigung des oben behaupteten Satzes an, keinesweges hingegen in der Meinung, als ob ich sie so schlechthin billigte. Es muß wenigstens ein scheinbarer Verdacht vorhanden seyn, daß die zu heurathende Person an der Ehescheidung die Schuld habe; sonst ist eine Bescheinigung, ihn zu beseitigen, nicht nöthig.

*) Ob sie gleich im Entw. d. Pr. G. B.
II. Th. S. 232. §. 55. ingleichen
—— —— 477. §. 135. 136.
nicht ganz gemißbilliget werden.

Dieses gilt, meines Bedünkens, selbst von Blankets. Es ist äußerste Sorglosigkeit, ohne Rückschein dergleichen von sich zu stellen; und wenn eine in einer Einöde wohnende einfältige Bäuerin so viel Ueberlegung hat, ihren Namen nicht auf ein weißes Pappier zu schreiben, aus Furcht, daß ihre Treuherzigkeit gemißbraucht werden möchte, *) warum sollte nicht eben dieses und mehr von verständigern Personen mit Recht gefordert werden können?

Wenn hingegen die gegen die Aussteller von Schuldscheinen zu weit getriebene, auf Vernunft und wahre Billigkeit sich schwerlich gründende Nachsicht aufgehoben wird, so fallen mit ihr verschiedene zweifelhafte Sätze weg, die bisher zu mancherley Widersprüchen und Irrungen Anlaß gegeben haben, z. B. ob die eidliche Entsagung der exceptionis non numeratae pecuniae von Würkung sey oder nicht?

Ob sie in Kaufmanns und Wechselgeschäften zulässig sey?

Ob sie nach zwey Jahren noch vorgebracht werden könne, im Fall der Schuldner den Beweiß übernehmen will u. d. g. m. **)

Ich hatte bey den angeführten sonderbaren Meinungen der römischen Gesetze und der sie befolgenden Rechtslehrer vermuthet, im Entwurf des Pr. G. B. desfalls bestimmtere Vorschriften zu finden: was daselbst vorkommt, das besteht in folgenden Stellen:

1) Vermöge des

I. Th. II. Abth. S. 192. §. 838. folg.

soll

*) Eberhards Amyntor, in den Anmerkungen und Zusätzen S. 23.

**) v. Thönnick. Adv. in Proc. Civil. p. m. 172.

soll die Einwendung der nicht erhaltenen Valuta bey Wechseln in so ferne statt finden, als sie vom Aussteller sofort (durch Urkunden, Eideszuschiebung oder die Aussage gegenwärtiger Zeugen §. 753.) dargethan werden kann.

2) Der Schuldschein soll, nach des

II. Th. S. 313. §. 554.

die Vermuthung für die Richtigkeit alles dessen begründen, was darinn enthalten ist, so lange das Gegentheil nicht ausgemittelt werden kann, bey dieser Ausmittelung hingegen sollen (S. 49. §. 98.) die gewöhnliche Beweißmittel zulässig seyn. In diesen Stellen wird mithin zwar die römische und gemeine Disposition, wornach der Gläubiger eine Sache beweisen soll, darüber er schon den höchsten Beweiß in den Händen hat, wie ich mich überzeuge, gemißbilliget, indessen wird doch daselbst keine Zeit festgesetzt, wie lange der Schuldner sich der Exceptionis non numeratae pecuniae bedienen, das ist, sein ausgestelltes Bekenntniß durch Gegenbescheinigung elidiren könne, und es gewinnt daher das Ansehen, daß, wenn der Schuldner den Beweiß dieser Einwendung übernimmt, er damit (nur einige bekannte in den §. 555. und 557. bestimmte Fälle ausgenommen) ohne Einschränkung auf eine gewisse Zeit, immer gehört werden soll, welches in gewisser Maaße noch härter für den Gläubiger ist, als die römischen und allgemein angenommenen Behauptungen, durch welche der Gläubiger nach zwey Jahren sicher ist.

Um indessen dergleichen Zudringlichkeiten möglichst vorzubeugen, wird im Entwurf d. Pr. G. B. ferner festgesetzt, daß

a) der Aussteller eines Schuldscheins, darauf keine Valuta gegeben worden, die Hälfte der Summe zum Besten des Fisci verlieren, (§. 566.)

 b) der

b) der Empfänger hingegen, der einen dergleichen Schuldschein, oder einen solchen, auf den abschlägliche Wiederbezahlung geleistet worden, für vollgültig, ausklagt, als ein Betrüger gestraft werden soll. (§. 563. 564.)

Die erste Bestimmung hat wohl zum Grund, dem Schuldner mehrere Behutsamkeit zu empfehlen; dieser Endzweck kann aber, wie ich glaube, schon dadurch erreicht werden, wenn der Beweiß der unterbliebenen Zahlung dem Aussteller aufgebürdet, und über dieses verordnet wird, daß auch dieser Beweiß nach Monatsfrist (inter praesentes) oder, wenn man lieber will, selbst in noch kürzerer Zeit gar nicht zuläßig sey. Ich möchte hier nicht gern eine fiscalische Strafe zuerkennen, weil durch die Unterlassung der erforderlichen Sorgfalt der Saumselige sich zwar schadet, aber eigentlich nichts begeht, wodurch die Ruhe und Sicherheit andrer Staatsbürger gestöret wird, das mithin Strafe verdiente. Doch nehme ich den oben berührten Fall aus, wenn betrüglicher Weise zum Schaden eines dritten gehandelt worden wäre. Alsdann wird aber der Betrug, nicht die Sorglosigkeit geahndet. So viel hingegen

b) betrift, so hätte die in der

Authent. Contra C. de non numer. pecun. geordnete poena dupli überall füglich beybehalten werden können, wenn dieses nicht etwa in der §. 567. angezogenen Stelle der Preußischen Prozeßordnung, (die ich nicht besitze) geschiehet. Verbrechen aus Geldbegierde, werden am schicklichsten durch Geldstrafen gerochen und verhütet; doch würde ich mich gern damit einverstehen, wenn bey vorleuchtender besondrer Bosheit die Achtlosigkeit auf ein Jahr oder vierwöchentliche öffentliche Handarbeit hinzugefügt wird.

Weit

Weit öfter kommt der Fall vor, und ist in so fern auch verzeihlicher, daß Quittungen, ohne vorhergehende Bezahlung ausgestellt werden, wenn z. B. Handwerksleute, Krämer ꝛc. quittirte Zettel in Hofnung alsbaldiger Bezahlung an die Besteller und Abnehmer der Waaren übersenden, die der Schuldner, wenn er schlecht denken und handeln will, leicht behalten, und gegen die Aussteller gebrauchen kann. Die Rechtslehrer begünstigen bekanntlich eine solchergestalt ausgestellte Quittung weniger, als Schuldscheine. Nur dreyßig Tage sollen Einwendungen gegen deren Gültigkeit vorgeschützt werden können. *) Die vermeinten Gründe dazu geben

Zanger in Tr. de Except. P. III. Cap. XIV. nr. 27. sequ. und mehrere Rechtslehrer

dahin an,

1) es treibe den Aussteller der Quittung keine Noth dazu, wie denjenigen, welcher ein Darlehn sucht,

2) bey Quittungen sey von der Befreiung des Pflichtigen, bey Schuldscheinen hingegen von einer neuen Verbindlichkeit die Rede. Jene sey zu begünstigen, nicht diese.

Ich müßte wenig Zutrauen zu der Einsicht meiner Leser haben, wenn ich glaubte, der Ungrund dieser Behauptungen bedürfe ausführlich dargethan zu werden. Es ist wohl nichts gewisser, als daß dasjenige, was von dem Aussteller eines Schuldscheins behauptet wird, eben so füglich von dem Aussteller einer Quittung gesagt wer-

*) Ob es gleich auch hierbey nicht an verschiedenen Meinungen fehlt v. Leyser. Medit. ad ff. Spec. 132. m. 3 - 9 ingleichen Mulleri Observ. ad Leyser. Tom. II. Obs. 294.

werden könne. Beyde versiren circa damnum vitandum, und wenn der vorgebliche Unterschied nicht unter die aequitatem cerebrinam zu rechnen ist, so weiß ich nicht, was sonst dahin zu ziehen sey. Bey beyden ist ein Irrthum, eine Sorglosigkeit von Seiten der Aussteller möglich, aber eins verdient nicht mehr Nachsicht, als das andre. Auch der Unterschied unter öffentlichen und Privatquittungen gehört nach meiner Einsicht unter die unzeitigen Distinktionen, die auf das Wesen der Sache keine nothwendige Beziehung haben.

Der Entwurf des Preußischen Gesetzbuchs ist mit mir ebenfalls einverstanden, daß Quittungen gegen den Aussteller beweisen, und dieser alleine die unterbliebene Zahlung darthun müsse,

II. Th. S. 524. §. 48. u. 49. verbis: „eine „ausgehändigte — Quittung bewirkt für den „Schuldner einen rechtlichen Beweiß der nach „dem Inhalt derselben geleisteten Zahlung;

„dem Aussteller bleibt jedoch das Recht, das „Gegentheil nachzuweisen, vorbehalten.„

Nur hätte ich auch hier die Bestimmung gewünschet, binnen welcher Zeit dieser Erweiß geführt werden könne: denn daß derselbe zu ewigen Zeiten zuläßig sey, das möchte ich, so lang andre Verjährungen für rechtsbeständig geachtet werden, nicht behaupten: Indessen wird doch daselbst die Verordnung der gemeinen Rechte in so ferne beybehalten, da in des

I. Th. II. Abth. S. 316. §. 1680.

geordnet wird, daß dem Versicherer, welcher in der Police über den Empfang der Prämie quittirt hat, diese Quittung nicht im Wege stehen soll, wenn er die Pr. innerhalb dreyßig Tagen nach der Zeichnung einfordert.

Wenn

Wenn ich aber gleich den Schuldner bey Ausstellung des Schuldscheins nicht mehr als den Empfänger in Ansehung der ausgestellten Quittung begünstigen möchte, so folgt doch nicht daraus, daß ich die bestimmte dreyßig Tage zur Anzeige der nicht erfolgten Zahlung beybehalten wünsche. Unter anwesenden Personen kann diese Frist bis auf den dritten Theil füglich eingeschränkt werden.

Es wird nicht zur Unzeit seyn, hier die Frage zu berühren:

Wie lang ein Vormund, nach abgelegter und obrigkeitlich quittirter Schlußrechnung für die nachher gemachten Ansprüche verantwortlich sey, und deswegen in Anspruch genommen werden könne?

Auch hierüber sind die Rechtslehrer verschiedener Meinung, je nachdem sie die Sache aus einem Gesichtspunkt ansehen. Zwar sind alle einig, wenn die Ansprüche in einem errore calculi beständen, daß dieser nach Vorschrift der römischen Gesetze

l. 8. pr. ff. de admin. rer. ad civ. pert.

l. 3. C. de Praescr. 30. vel 40. ann.

binnen dreyßig Jahren annoch gerügt werden könne. Diese Verordnung macht mir einen schlechten Begriff von der Rechenkunst der Römer. Ueber einen Verstoß im Zusammensetzen und Abziehen (das versteh ich unter einem errore calculi) kann heut zu Tag ein Schüler urtheilen; er ist, wenn mir der Ausdruck erlaubt ist, ein vitium visibile, welches ausfindig zu machen, nicht ein, geschweige dreyßig Jahre nöthig sind.

Bey andern Rechnungsirrthümern, die jedesmal

versteckter und daher schwerer aufzufinden sind, soll, wenigstens nach der Meinung

a Pufendorf in Observ. J. Univ. Tom. IV. Observ. 98.

unter Beziehung auf den l. 20. §. 1. ff. de Tutelae et rat. distr. zu deren Klagbarmachung nur die gewöhnliche vierjährige Frist der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nachgelassen seyn; doch fügt derselbe im §. 2. die Ausnahme hinzu, wenn der Irrthum des die Rechnung bestätigenden Richters in jure vel facto offenbar wäre, so, daß, wenn er eine Sentenz abgefaßt hätte, selbst diese nichtig seyn würde, so könne die Rechnung annoch ex capite doli vel latae culpae angefochten werden. Eine Verjährungsfrist wird hier nicht beygefügt, vermuthlich sollen dreyßig Jahre nachgelassen seyn, binnen welcher diese actio in factum (denn die actio ex dolo wird bekanntlich in zwey Jahren verspätet) angestellt werden kann, dazu wird hingegen stets ein schwerer Beweiß gehören.

Carpzov in Jurispr. For. P. II. Const. XI. def. 8.

Ist damit einverstanden, daß wegen unrichtiger und unverrechneter Punkte ein Vormund, der erhaltenen Quittung ungeachtet, nochmals in Anspruch genommen werden könne. Auch hier ist keine Frist beygefügt, wie lange solches geschehen möge. Indessen redet derselbe nur überhaupt von dem Fall, wenn dem Vormund seine Rechnung quittiret worden; und da dieses auch außergerichtlich geschehen kann, so bleibt zweifelhaft, was Carpzov in

in Ansehung der gerichtlichen Rechnungs Ableg - und Bestätigung für eine Meinung gehegt habe.

Indessen Rechnungen sind verwickelte Angelegenheiten: man macht nicht Kinder zu Vormündern, und es ist fast zu viel von Menschen gefordert, von alle demjenigen im hohen Alter Red und Antwort zu geben, was vor etlichen zwanzig oder dreyßig Jahren geschehen ist. Diese Schwierigkeit vergrößert sich, wenn der ehemalige Vormund gegen Empfang der gerichtlichen Hauptquittung alle zu seiner Vertheidigung dienende Urkunden aus der Hand gegeben hat, auch wohl gar darüber gestorben ist, und mit ihm andre Personen, die um den oder jenen zweifelhaften Umstand gewußt haben. Es ist dabey stets Nachlässigkeit von Seiten der zu ihren Jahren gekommenen Personen, wenn sie sich nicht in Zeiten um das Ihrige bekümmern, und ich überzeuge mich daher, daß die zur Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gewöhnlich bestimmte vier Jahre eine überflüßig lange Zeit dazu seyn, oder es ist überall keine Verjährung billig.

Wenn man die Analogie zum Grunde legt, da Stadtcassen, und in omnibus fisci quaestionibus, juxta

l. 13. §. 1. ff. de diver. temp. praescr.

abgehörte öffentliche Rechnungen nicht länger als höchstens zwanzig Jahre sollen angefochten werden können, da doch diese Caussae Jura minorum haben, so ist nicht abzusehen, warum volljährig gewordene Personen eben so viel, ja noch zehn Jahre länger Zeit dazu haben sollen, ihre

Vormünder wegen gerichtlich abgethaner Rechnungen, wobey, daß mit Legalität zu Werke gegangen sey, allemal vermuthet werden muß, in Anspruch zu nehmen.

Sehr kurz und gelinde geht das Oesterreichische bürgerliche Gesetzbuch

I. Th. V. Hpt. St. §. 94.

über diese Materie weg. Es will, daß

„nach gepflogener Berichtigung (der Vormund-
„schaftsschlußrechnung) dem gewesenen Vormund
„eine gerichtliche Urkunde gegeben, — und der
„Vormund von allen fernern Ansprüchen in
„Betreff der geführten Vormundschaft losgezählt
„werden soll.„ *)

Der Entwurf des Preuß. Gesetzbuchs ist hierinn viel genauer. Bey der Verwaltung fremder Güter sollen Inhalts des

II. Th. S. 741. §. 101.

Rechnungen, die einmal abgelegt, und (wovon hier die Rede

*) Mehrere Rechtslehrer sind bekanntlich eben dieser Meinung, besonders wenn über die Richtigkeit der quittirten Rechnungen ein wiederholtes Bekenntniß ausgestellt worden ist. S. Tabor. Decis. & Consult. XXVIII. nr. 36. seq.

Rede ist,) aussergerichtlich quittirt worden sind, nach Verlauf von zehn Jahren unter keinerley Vorwand mehr angefochten werden können; und obgleich hiernächst in Ansehung der Vormundschaftsrechnungen insbesondere in des

I. Th. III. Abth. S. 184. §. 635. 636.

geordnet wird, daß auch nach gerichtlich ertheilter Quittung der gewesene Pflegbefohlne den Vormund aus solchen Angelegenheiten und Geschäften in Anspruch zu nehmen berechtigt sey, welche in den gelegten Rechnungen nicht vorgekommen sind, oder einen vom Vormund begangenen Betrug und vorsätzliche Verkürzung zum Grund haben, ohne daß eine Zeit bestimmt wäre, binnen welcher diese Ansprüche gültig vorgebracht werden können; so ist doch eines Theils nicht abzusehen, warum der ehemalige Vormund in Beziehung auf seinen gewesenen Mündel übler dran seyn soll, als jeder Verwalter fremder Güter; und dann ist wohl auch andern Theils einer gerichtlichen Versicherung und Verzicht etwas mehr Würkung als einer gemeinen und aussergerichtlichen beyzulegen, daher ich mich nicht überzeugen kann, daß hierbey die Meinung sey, ob sollten die benannten Ansprüche dreyßig volle Jahre nach ertheilter gerichtlichen Verzicht und Quittung angebracht werden können.

Ob endlich zu dieser auszustellenden Quittung eine volljährige Weibsperson einen besondern Curator nöthig

habe, und ohne diesen das ganze Geschäft nichtig, oder ob die Mitunterschrift des Ehemannes und der nächsten Verwandten hinlänglich sey, ingleichen ob, wenn mehrere Erben, volljährig gewordene Manns- und Weibspersonen concurriren, schon der erstern gerichtliche Quittung hinreichend sey, und die der letztern mit sich bringe; darüber ließe sich viel sagen; ich fürchte aber ohnehin schon zu weitläuftig gewesen zu seyn.

XIV.

XIV.

De Regulis Juris.

Obgleich, wie mehrere Rechtslehrer, also auch besonders

Stryk in Us. Mod. ff. ad tit. de Reg. Jur.

aus den sogenannten Rechtsregeln sehr viel macht, verbis:

Regularum Juris in foro utilitatem nemo negabit, adeo ut tuto ambulare dicant practicum, qui cum reg. Jur. ambulat.

So wischt er doch eben sowohl, als die meisten Lehrer auf hohen Schulen sicco pede darüber hin, ohne sich bey ihnen überhaupt, oder einigen derselben insbesondere aufzuhalten.

Es ist der letzte Titel der Pandecten. Der Commentator oder Lehrer ist oft froher, als der wißbegierige Leser oder Zuhörer, daß er so weit gekommen ist.

„Diese Regeln sind zum Theil sehr gut, meine „Herrn, sagt der Docent, lesen sie sie selbst nach, „sie werden sich vielleicht dadurch aus mancher Ver„legenheit künftig ziehen können.„

Und nun — das Buch zu! die letzte Stunde des Collegii ist aus!

Der arme Student hat wohl kein Corpus Juris, und kann daher diesen Titel nicht nachlesen: Er denkt überdieses wohl, (wie nun junge Leute in der Einbildung immer viel wissen) da er die ganzen Pandecten durchgehört habe; so habe er nun nicht nöthig, um etlicher einzelnen Aussprüche willen, sich viel Mühe zu geben, oder wenig-

wenigstens trift bey ihm der Gemeinspruch ein: ignoti nulla cupido! und so mag der Lehrer jene Regeln noch so sehr empfehlen, sie sind und bleiben terra incognita für die mehresten Studenten. Ich nehme das wenigstens von mir selbst ab: ich war schon einige Zeit Advokat, eh ich noch den vorliegenden Titel nur angesehen hatte.

Es ist nicht zu leugnen, er enthält ein ohne Ordnung und Absicht zusammengesetztes Verzeichniß von Gemeinsprüchen, die sich zum Theil blos auf die Römische Verfassung beziehen, und daher bey uns nicht anwendbar sind. Es fehlen viel brauchbare Vorschriften, und dargegen finden sich manche unnütze; einige stehen doppelt da, und nicht wenige widersprechen sich. Es wird viel dazu gehören, um diesen Titel durch eine vernünftige planmäßig geordnete Auswahl, und durch Ergänzung des fehlenden, zu einer zweckmäßigen juristischen Haustafel umzubilden.

Noch zur Zeit, und wie der Titel vorlieget, gilt daher von ihnen, was in den Kleinischen Annalen

I. B. S. 383.

vorkommt, daß nämlich der Gesetzgeber gewissen allgemeinen Sätzen und juristischen Sprüchwörtern nicht zuviel nachgeben soll, weil Sätze dieser Art oft zu allgemein abgefaßt, und oft gar nicht in der Natur der Sache gegründet sind. Aber wer könnte oder wollte daraus folgern, daß bey einer Wissenschaft und insbesondere bey der Jurisprudenz alle allgemeine Sätze zwecklos und unbrauchbar wären; zumal wenn sie würklich in der Natur der Sache gegründet, und daraus abgezogen sind; oder, wie der vorliegende Titel §. 1, im Munde führt:

non ut ex regula jus sumatur, sed ex jure, quod est, regula fiat.

Wäre

Wäre es möglich, daß die ganze theoretische und praktische Rechtsgelehrsamkeit auf allgemeine Regeln und Sätze zurück gebracht werden könnte, so würde ihre Erlernung sehr erleichtert werden.

Eine dieser Rechtsregeln, die mir anstößig scheint, ist die 172.

in contrahenda venditione ambiguum pactum *contra venditorem* interpretandum est.

Ich weiß diesen Ausspruch mit andern daselbst vorkommenden:

nr. 195. Expressa nocent, non expressa non nocent.

nr. 33. In eo, quod vel is, qui petit, vel is, a quo petitur, lucri facturus est, durior caussa est petitoris.

nicht zu vereinigen. Und wenn ich vollends den anderweiten von Niemanden bezweifelten Grundsatz erwäge:

Interpretatio facienda est contra illum, qui clarius loqui potuisset & *debuisset*.

So würde ich mich sehr bedenken, in allen und jeden vorkommenden zweifelhaften Fällen gegen den Verkäufer zu sprechen. Nichts ist billiger, als daß derjenige den Schaden trage, welcher sich ihn dadurch, weil er sich nicht deutlicher ausdrückte, selbst zugezogen hat. Es entsteht also die Frage, wo der Käufer, und wo der Verkäufer deutlich zu reden habe? Und diese Frage ist, wenn man nur unbefangen zu Werke geht, nicht schwer zu beantworten. Die angezogene 33. Rechtsregel giebt schon hierunter die beste Auskunft: durior caussa est *petitoris*. Wer etwas verlangt, der muß sich deutlich erklären,

ren, was er verlange. Nun verlangt der Verk. Geld für seine Waare, also muß er sich in Ansehung der Sorten, der Zahlungsfristen, der nöthigen Sicherheit ꝛc. vorsehen. Der Käufer hingegen verlangt für sein Geld eine bestimmte Sache: Er hat sich also zu bedingen, und darnach zu fragen, was zur Sache, als Pertinenz- oder Inventarienstück *) gehöre; er hat anzugeben, was für einen Gebrauch er mit derselben zu machen gedenke, und sich daher vorzusehen, wegen welcher Fehler und Mängel der Verkäufer einstehn soll; er hat sich zu erkundigen, mit welchen öffentlichen und dinglichen Privatlasten die Sache beschwert sey u. s. w.

Indessen darf das andre Erforderniß des Satzes: interpretatio facienda est contra illum, qui clarius loqui *potuisset*, ebenfalls nicht aus der Acht gelassen werden. Wenn daher z. B. uneingetragene Schulden auf einem Grundstück haften, die der Käufer mit übernehmen soll, so muß sich solches der Verk. bedingen: Wenn Pertinenzstücke bisher bey einer Sache gewesen und vorhin bereits mit erkauft worden sind, und sollen nun ausgenommen werden, so gehöret zur Verbindlichkeit des Verk. solche Ausnahme sich vorzubehalten u. s. w.

Hier mußte er deulicher reden.

Hat hingegen der Käufer diese seine Obliegenheit versäumet, so weiß ich nicht, warum der Verkäufer unter dieser Nachlässigkeit leiden soll? Zwar kenne ich den Einwurf wohl: der Verk. kennt nothwendig die ihm bisher zuständig gewesene Sache am besten, und bey einem Ver-

*) Daß weder Pertinenz- noch Inventarienstücke in der Regel zur Substanz einer Sache gehören, und daher der Käufer sie sich zu bedingen habe, desfalls beziehe ich mich auf den Aufsatz von Pertinenzstücken.

Vertrag auf Treu und Glauben, müsse durchaus ehrlich und ohne Gefährde zu Werk gegangen werden: Aber theils leugne ich den Satz selbst, theils überzeuge ich mich, daß zuviel daraus gefolgert werde. Ueberhaupt werden Gesetze um der Guten und Rechtschaffnen willen am wenigsten gegeben. Diese beobachten und erfüllen ihre Pflichten ohne jene. Und wenn gleich hiernächst der Verkäufer die Sache am besten kennt, so folgt doch noch nicht daraus, daß er schuldig sey, Fehler und Mängel, nach denen nicht gefragt wird, von freyen Stücken zu offenbaren. Jeder Krämer im Gegentheil lobt, wie das Sprüchwort sagt, seine Waare: es ist des Käufers Obliegenheit die Augen aufzuthun, ob diese gelobten Eigenschaften sich an der Sache finden, und ob sie vielleicht durch grössere Fehler überwogen werden, oder er muß den Beutel ziehen.

Und ob gleich hiernächst die ältern römische Rechtsgelehrten unter Verträgen nach strengem Recht und auf Treu und Glauben einen auf Förmlichkeiten sich beziehenden Unterschied machten, so ist derselbe doch bekanntlich nach neuern Gesetzen abgeschaft worden, wovon schon die 34. Regul. Juris zum Beweiß dienet:

> Semper in stipulationibus et in *ceteris* contractibus (ohne Ausnahme) id sequitur, quod *actum* est.

Was also nicht verhandelt, d. i. wenn wir es auf Kaufgeschäfte anwenden, vom K. nicht bedungen, und vom Verk. nicht ausgezogen war, das konnte hernach von dem einen oder dem andern nicht gefordert werden; durior caussa est petitoris, sagt die obangeführte 33. Rechtsregel; denn daß, soviel diese letzte Stelle betrifft, Kaufgeschäfte lucri caussa geschehen, das ist wohl keinen Zweifel unterworfen.

Doch versteht sich dabey von selbst, daß ich offenbaren Betrug das Wort zu reden nicht gemeint sey, viel-

mehr für unrecht und schädlich halte, wenn Messing für Gold, Zinn für Silber ausgegeben und verkauft wird, besonders gegen Leute, die dergleichen Sachen nicht verstehen, und denen nicht zuzumuthen ist, daß sie die nöthigen Kenntnisse besitzen: und doch muß selbst in solchen Fällen derjenige, welcher, daß er betrogen worden sey, anführet, es erweisen.

Es hat mich gefreuet, daß die obangeführte Rechtsregel nicht geradezu im Entw. d. Pr. G. B. anerkannt worden ist: In Ansehung der sogenannten Gewährschaftsmängel beym Viehkauf scheint der Verfasser durchgehends meiner Meinung gewesen zu seyn. Es sollen nach des

II. Th. S. 258. §. 214. in Vergleichung mit den daselbst angezogenen Stellen

dabey nur solche Mängel gewähret werden, die der Käufer **vorbedungen** hat, oder Eigenschaften, die bey einer Sache **gewöhnlich** vorausgesetzt werden, die mithin eben deswegen vorbedungen zu werden nicht bedürfen; solche Eigenschaften (§. 215 folg.) ohne welche das erkaufte Stück Vieh zu der beym Kauf geäußerten Absicht nicht tauglich ist. Und obgleich dieser letzte Ausdruck bey Leuten, die die Chicane lieben, nicht bestimmt genug scheint, so wird er dennoch, andre Bestimmungen bey Seite gesetzt, vielleicht durch den Zusatz fixiret werden können, wenn das erkaufte Stück Vieh nicht die Hälfte des sonst gewöhnlichen Preißes wehrt ist.

Ich billige es übrigens sehr, daß dabey, wie sonst etwa geschehen, einzelne Mängel nicht angeführet sind, sondern der Beurtheilung des Richters die Anwendung der Vorschriften überlassen wird. Diese sind, ihrer Kürze ungeachtet, sehr brauchbar und vollständig, und vielleicht mehr adäquat, als manche bogenlange Gewähr-

schaftsmandate. Nur würde ich den gewöhnlichen Unterschied zwischen kunstverständigen und andern Personen in manchen Fällen beybehalten, und in Rücksicht auf die erstern Finnen bey Schweinen, Hartschlägigkeit und den Staar bey Pferden für Gewährschaftsmängel nicht geachtet haben.

Ich muß mich bey diesem Vorwurf noch in etwas verweilen.

Nach dem §. 30. S. 229. soll zwar der Gegenstand der Kaufshandlung deutlich bestimmt werden: allein es wird nicht hinzugefüget, wer dazu verbunden und gegen wen in zweifelhaften Fällen die Auslegung zu machen sey, die ich, nach obigen Voraussetzungen jederzeit gegen den Käuf. machen würde; welches meines Bedünkens um so billiger ist, als (§. 50.) der Verk. außer dem Kaufgeld durchaus kein Schlüsselgeld, Weinkauf und Trinkgeld rc. wenn er es nicht vorher ausdrücklich bedungen hat, verlangen darf, die Pflichten der Contrahenten aber gegenseitig sind, und das, was in Ansehung des Kaufgelds dem Verkaufer recht ist, in Ansehung des Gegenstandes der Kaufhandlung selbst dem Kaufer billig seyn muß.

Daher denn auch S. 249. festgesetzt wird, daß der Verkäufer nicht schuldig sey, die Gewähr der Sache andergestalt zu leisten, als (vom Käufer) bedungen worden, womit auch der §. 237. S. 68. ingleichen die §. §. 239. 240. S. 262. übereinstimmen.

Es konnte auch aus den im Entwurf vorhin bestimmten theoretischen Sätzen nichts anders fließen. Nur Irrthum in ausdrücklich vorbedungenen Eigenschaften, oder in solchen, welche bey einer Sache gewöhnlich vorausgesetzt werden, soll die Willenserklärung ungültig machen, und doch soll im letztern Fall das Geschäft gültig seyn, wenn der Irrende ein mäßiges Versehen hat zu Schulden kommen lassen.

Th. II. S. 24. 25. §. 74. 77. 78.

Es ist aber gewißlich mehr als mäßiges Versehen, wenn ich mich nicht nach der Beschaffenheit und übrigen Umständen der an mich zu bringen gemeinten Sache erkundige:

In zweifelhaften Fällen soll mehr auf dasjenige, was der Verpflichtete versprochen, als was der Berechtigte acceptirt hat, gesehen werden.

Ebendas. S. 60. §. 178.

besonders ist die Auslegung gegen denjenigen zu machen, welcher aus einem Vertrag einen Vortheil begehrt, der darinn nicht deutlich bestimmt worden ist, §. 187. und es könnten daher die Dispositionen der §. 241. S. 68. und §. 243. S. 69. nach meiner Einsicht näher bestimmt, *) auch bey dem §. 429. S. 292. unmasgeblich hinzugefüget werden, wenn der Käuf. darnach, ob dergleichen

*) Im Vorbeygehen erinnere ich zum §. 244. S. 69. des II. Th. daß die Zeit der Mängel, bey Landgütern auf drey, bey Städtischen Grundstücken auf ein Jahr, und bey beweglichen Sachen auf drey Monate nach dem Empfang, zu weit hinausgesetzt worden sey. Es ist dem Käuf. ungewehrt, vielmehr liegt es ihm ob, die zu kaufen gemeinte Sache in Augenschein zu nehmen, und dies gilt im ausnehmenden Verstand nach bereits geschlossenen Kauf. So auch bey verdungenen Werken. Bey Gebäuden soll vermöge des II. Th. S. 334. §. 692. sogar funfzehn Jahre nach der Uebergabe vermuthet werden, daß, wenn diese ohne Zuziehung kunstverständiger Personen erfolgt ist, der sich äussernde Fehler durch ein Versehen des Baumeisters entstanden sey. Reicher Stoff zu Prozessen! Nur bey grossen Pallästen wird diese Verordnung einigermassen anwendbar seyn!

gleichen erschwerende Bedingungen vorhanden seyen, gefragt, der Verf. hingegen sie verschwiegen hat: und zwar dieses letztere um so mehr, als nach meiner besten Einsicht Erbschaftskäufe nichts mehr noch weniger sind, als Käufe durch Bausch und Bogen.

Ehe wir diese Materie verlassen, will ich noch etwas von der Wiederkaufssumme gedenken.

Auch beym Wiederkauf hat man die Rechtsregel, daß im zweifelhaften Fall die Auslegung gegen den Verk. zu machen sey, in der Maaße angewendet, daß wenn die Wiederkaufssumme nicht bestimmt worden, die Summe des ersten Kaufs wieder angenommen werden müsse, und eben dieses wird in des Entw. d. Pr. G. B.

II. Th. S. 270. §. 291.

ausdrücklich sanciret.

In den römischen Gesetzen kommt deshalb nichts vor. Man will aber obige Behauptung bekanntlich aus dem l. 35. de Regulis juris herleiten. Ich schreibe diesen legem zu geschwinderer Einsicht ab:

nihil tam naturale est, quam eo genere quidque dissolvere, quo colligatum est. *)

*) Die Richtigkeit dieses ganzen Satzes oder Rechtsregel ist noch großen Zweifeln unterworfen. Ich erinnere meine Leser an dasjenige, was dieserhalb in den Kleinischen Annalen I. B. S. 363. vorkommt. In der Lehre von Testamenten ist die Frage von Wichtigkeit. Ein nach allen Förmlichkeiten errichtetes, verliert, wie ich glaube, seine Würkung und Gültigkeit, wenn es gleich nur mündlich vor zween unbescholtenen Zeugen widerrufen wird. Ich beurtheile hiernach des Entwurfs II. Th. S. 418. §. 376.

Aber das beygesetzte Exempel:

ideo verborum obligatio verbis tollitur, nudi consensus obligatio contrario consensu dissolvitur:

beweiset, daß Ulpian etwas ganz anders bey dieser Regel gedacht habe, als was gemeiniglich daraus hergeleitet wird, nämlich blos die Form und das äusserliche der Contracte, nicht aber das wesentliche der Bedingungen. Sie bezieht sich auf die römische Eigenheit, da auf Förmlichkeiten ein übergroßes Gewicht geleget, und sie gleichsam als wesentlich angesehen wurden.

Stryk in Us. Mod. ff. XVIII. I. §. 53. strauchelt schon an der Richtigkeit des oberwähnten Satzes, daß, wenn nichts anders bedungen worden, die Summe des ersten Kaufs beym Wiederkauf anzunehmen sey, aus dem beygefügten richtigen Grund, weil der Wiederk. in der That ein neuer Kauf sey. Hommel in Obs. 326. ist eben dieser Meinung; und folgende Gründe bestimmen mich.

Einmal ist, wie gedacht, der Käufer völliger Eigenthümer, dergestalt, daß er bey dem gänzlichen Untergang der Sache den Schaden alleine trägt; (§. 296. der angezogenen Stelle des Entwurfs.) Es kann ihm mithin, wenn er nicht selbst ausdrücklich eingewilligt hat, die Befugniß, seine Sache so theuer, als möglich, an den Mann zu bringen, mit Recht nicht entzogen werden. Kauf- und Wiederkauf sind zwo ganz verschiedene Handlungen.

Hiernächst ist der Wiederkäufer eigentlich und zuerst der Verkäufer. Wenn daher auch die 172. Rechtsregel der Pandekten beybehalten, und Kauf- und Wiederkauf für einen Vertrag gehalten werden sollen; so würde doch gegen jenen die Auslegung gelten müssen. Der

Wie-

Wiederkäufer ist Petitor, dessen Bedingung nach der 33. Rechtsregel billig härter ist, da die Schuld an ihm liegt, wenn er nicht deutlich geredet hat.

Ueberdieses wenn der Wiederkäufer die Sache um ihren wahren Wehrt, und nach gewissenhafter Schäzung verständiger Personen bezahlen muß; so fallen hernach alle besorgliche Streitigkeiten bey veränderten Münzfuß, wegen der Verbesserungen, Verringerungen, u. d. gl. welche der Verfasser des Entwurfs am angez. Ort vorausgesehen hat, und §. 293. folg. aus dem Weg zu räumen bemüht gewesen ist, größtentheils von selbst weg: und ich stelle daher zu näherer Prüfung aus, ob es nicht, um des allgemeinen Besten willen, zuträglicher wäre, dergleichen Bedingungen gesetzlich zu verbieten, damit nicht die Käufer abgeschreckt werden, ihre Besitzungen möglichst zu verbessern — eine Sache, woran dem Staat allerdings viel gelegen seyn muß: wie ich denn aus gleichem Grund den bedungenen Wiederkauf bey beweglichen Sachen und Moventien durchaus für ungültig achten würde.

Der Einwurf, daß der erste Käufer nun solche Anstalten treffen, und soviel verbessern werde, daß dem Wiederkäufer die Ausübung seines Rechts unmöglich wird, kann hiergegen schwerlich in Betrachtung kommen. Wenn nur, wie im Entwurf weißlich geschieht, dafür gesorgt wird, daß unter dergleichen W. K. Verträgen ein wucherlicher Handel nicht versteckt ist, so wird, wie ich im Aufsaz vom Näherrecht gezeigt habe, die festzusezende Ungültigkeit dieses Vorkaufs mehr nüzlich als nachtheilig seyn. Auch ist die vorausgesezte Unmöglichkeit nur Vermuthung: billig ist es hingegen, daß dem Eigenthümer sein gehabter Aufwand nach seinem wahren Wehrt vergütet werde, sonst würde der Wiederkäufer mit Schaden des ersten Käufers reicher werden.

Wenn wir endlich, wie in alten Streitschriften geschiehet, die Sache a contrario betrachten, so würde, im Fall der Wehrt des Grundstücks **verringert** wäre, der Wiederkäufer sich sehr bedanken, den ersten Preiß dafür zu bezahlen: es könnte ihm auch das nicht zugemuthet werden. Im Gegentheil aber darf er auch nicht da erndten wollen, wo er nicht gesäet hat.

Mit den Kaufhandlungen haben Miethen und Pachtungen viel Aehnliches. Auch bey diesen sollte sich daher, wie ich dafür halte, der Locator das Mieth- und Pachtgeld, die Fristen, Münzsorten u. d. g., der Conduktor hingegen, was er eigentlich zu bewohnen und zu benutzen gedenke, auf wie lange u. s. f. bedingen, und in solcher Maaße wäre demnach bald gegen den einen bald gegen den andern die Auslegung zu machen, der deutlicher hätte reden sollen. Indessen, obgleich die 172. N. N. bey Kaufhandlungen im Entw. d. Pr. G. B. nicht ausdrücklich angenommen worden ist, so geschieht dieses doch II. Th. S. 842. §. 198. ohne Ausnahme bey dem Miethcontrakt, da stets gegen den Verpachter die Vermuthung streiten soll. Diesem Satz ist auch durchgehends nachgegangen worden, ob ich schon nach obigem Unterschied bey manchen Stellen anders denke, und daher

a) von dem Pachter fordern würde, sich in der Regel die zu benutzenden Inventarienstücke zu bedingen (§. 205.)

b) Alle Lasten, wenn sie gleich von den erzeugten Früchten zu entrichten sind, in der Regel vom Eigenthümer d. i. Verpachter tragen lassen (§. 160. 203.)

c) Welches auch von Unglücksfällen gilt, die den Eigenthümer getroffen haben würden, wenn er selbst das

Gut verwaltet hätte, doch unbeschadet der dargegen in Anrechnung zu bringenden Vortheile, die auf den Unglücksfall eine Beziehung haben. (§. 276. 278. 335. 344. u. a. O. m.)

Auch bey andern Geschäften ist die Auslegung stets gegen denjenigen zu machen, der etwas verlangt. Ich glaube daher, daß die Disposition Th. II. S. 812. §. 6. nach welcher darauf gesehen werden soll, daß derjenige, welcher ein Nutzungsrecht durch einen lästigen Vertrag zu erwerben gemeint ist, einen Genuß erhalte, welcher mit dem, was er dafür gegeben oder geleistet hat, im billigen Verhältniß stehe, mit Recht nur auf die Verletzung über die Hälfte, wie bey andern Contrakten einzuschränken sey, zumal die Begriffe von Billigkeit in Rücksicht auf den Veräusserer und Erwerber so sehr verschieden zu seyn pflegen.

In gewisser Maaße beurtheile ich auch hiernach die Verordnungen in des Entwurfs

I. Th. II. Abth. S. 309. §. 1627 — 1638.

Nach diesen Umständen insgesammt hat der Versicherer zu fragen: Unterläßt er es, so ist es seine Schuld. Nur alsdann, wenn sie der Versicherte auf Befragen abgeleugnet hat, oder sonst betrüglich bey dem Geschäft zu Werk gegangen ist, wird der Contract ungültig.

Eben dieses behaupte ich nach der Analogie in dem Fall, wenn Jemand zweyerley Schuldposten, davon der eine lästiger ist, als der andre, gewürkt hat, und abschläglich bezahlt, ohne sich zu erklären, auf welchen abgerechnet werden soll. Hier steht es, wie Hommel in seinen

Rhapsod. Observ. 639.

überzeugend dargethan hat, dem Gläubiger frey, die geschehene Zahlung auf die minder begünstigte Forderung abzurechnen.

Die

Die 82. Rechtsregel:

Donari videtur, quod nullo jure cogente conceditur

kann wohl auch nicht ohne alle Einschränkung zugegeben werden. Mir ist nachstehender Fall vorgekommen:

C. K. der Vater, befahl auf dem Sterbebette seinen Kindern, daß der älteste Sohn V. K. sein Wohnhauß und seinen Garten bekommen sollte. Die sämmtliche Kinder erkannten diese Verordnung an, nur darüber, wie die bemerkte Grundstücke in der Theilung anzuschlagen wären, konnten sie sich nicht vereinigen. Es war also kein ander Mittel übrig, als sie der Billigkeit nach taxiren zu lassen. Dies geschah gerichtlich und nach vorgängigem Eid der Kunstverständigen. Eine volljährige und verheurathete Tochter W. glaubte, die Taxe sey zu gering ausgefallen, und fochte sie um deswillen an, weil sie dabey mit einem Vormund nicht versehen gewesen wäre. Sie erhielt ein beyfälliges Jenaisches Urthel, welches nachher durch einen Amtsbescheid und ein ihn bestätigendes Göttingisches Urthel aus dem Grund abgeändert wurde, weil zur Vollziehung des väterlichen Willens ein Vormund nicht nöthig, ein ander Mittel aus der Sache zu kommen nicht übrig und es ihre eigne Schuld war, da sie zur Verpflichtung der Schätzer und der Taxe selbst mit Vormund erfordert worden, daß sie ohne solchen erschienen. Während des Prozesses hatte V. K. (der der klügste nicht ist) den Sohn seiner gedachten Schwester W. einstens zu sich ins Haus geruffen, und ihm den Antheil dessen Mutter an den taxirten Geldern mit den Worten zugestellt: Hier hast du Geld, bring es deiner Mutter: ohne sich weiter zu erklären, was es für Geld seyn solle. Nach geendigtem Prozeß verlangte die Schwester ihren Theil des Haus- und Gartengeldes. V. K. schützte vor, er habe ihr solchen durch ihren Sohn bereits

gesendet. Die Schwester replicirte, daß ihr jenes Geld als ein Geschenk zugekommen, und von ihr in solcher Maaße angenommen worden sey, dabey sie sich auf die obige Rechtsregel stützte: donari videtur &c. Der Bruder berief sich im Gegentheil, wie ich glaube, mit völligem Recht auf die 68. Rechtsregel:

in omnibus caussis id observatur, ut ubi personae conditio locum facit beneficio, ibi deficiente ea beneficium quoque deficiat.

wodurch die 82. nicht sowohl erleutert, als vielmehr in den meisten Fällen völlig aufgehoben wird. Es sey gar nicht zu vermuthen, behauptete der Wortführer des V. K. daß man gemeint sey, einer Person 100 Thaler zu schenken, die uns in einen weitläuftigen und verdrüßlichen Prozeß verwickelt habe.

Ich stelle daher zu genauerer Ueberlegung aus, ob die zuerst angeführte 82. Rechtsregel, die auch in des Entwurfs

II. Th. S. 230. §. 39.

in so fern gebilligt wird, nicht einigermaaßen einzuschränken sey. Wo nur immer eine andre Auslegung wahrscheinlich ist, kann eine Schenkung nicht vermuthet, und am wenigsten, wo von einer Kaufhandlung ausdrücklich die Rede ist, sie als eine Schenkung beurtheilt werden. In dem ähnlichen Fall der angezogenen S. 230. §. 38. soll der Verkäufer nur das Interesse präftiren: ich sehe nicht ein, warum der Käufer zu einem mehrern verbunden sey, wenn nicht personae conditio oder andre dringende Umstände es erheischen.

arg. §. 182. S. 60. des II. Th.

zumal durch dergleichen Handlungen der angebliche Käufer sich mehr Ungelegenheit zuzieht, als der vorige Eigenthü-

genthümer der nicht mehr existirenden Sache. Ich kann mir einen solchen Fall, wenn er sich ereignete, nicht anders, als einen Spaß vorstellen. Geschieht er zur Unzeit, so wird er durch eine willkührliche Strafe und dem Ersatz des erweißlichen Schadens des Verkäufers oder statt dessen des 8. Theils der Kaufsumme gnugsam gebüsset.

Eben dieses erinnere ich bey den Stellen des Entwurfs

I. Th. II. Abth. S. 315. §. 1670.
II. Th. S. 297. §. 454.
— — 500. §. 273.
— — 532. §. 94. 95.
— — 596. §. 171.

Die einzige Stelle in des

II. Th. S. 341. §. 739. „Was unter Umständen gegeben worden, wobey sich gar keine andre Absicht des Gebenden denken läßt, ist für geschenkt anzusehen.„

bestimmt die richtige Auslegung in solchen Fällen, wie denn auch die 53. Rechtsregel der ff. voraussetzt, daß dasjenige, was nach den Regeln einer Schenkung beurtheilt werden soll, *consulto* gegeben worden seyn müsse.

Die Anwendung der Rechtsregel:

Accessorium sequitur principale, oder
Quaevis res transit cum sua caussa.

l. 67. ff. de contr. emt.

wird von den Rechtslehrern zuweilen vernachlässiget. Alle und selbst Stryk sind der Meinung, daß eine Verletzung über die Hälfte die Vermuthung eines Betrugs voraussetze, und in Ansehung der Genugthuung oder

Ver-

Vergütung gleiche Würkung wie ein Betrug hervorbringe, ferner, daß der Betrüger keinen Vortheil aus seiner verbotenen Handlung erwarten könne, sondern dem Betrogenen allen Schaden und entbehrten Gewinn ersetzen müsse.

Gleichwohl, wenn es auf die Erörterung der Frage ankommt, ob die Nutzungen einer Sache, die wegen einer Verletzung über die Hälfte zurückgegeben werden müssen, dem Käufer oder Verkäufer gehören, scheint der belobte

Stryk in Uſ. Mod. XVIII. V. §. 8. u. 9.

obige Sätze vergessen zu haben. Er behauptet:

quod, quoniam laesio ex ipso facto oriatur, et inde non sit laesus in fructibus, nec hos restituendos esse.

Im Entwurf des Preußischen Gesetzbuchs wird hierüber ausdrücklich nichts festgesetzt, doch folgt das Gegentheil der vom Stryk behaupteten Meinung aus den Sätzen:

II. Th. S. 80. Wer einen andern — aus grobem Versehen beleidigt, oder eine dem andern schuldige Pflicht aus — grobem Versehen unterläßt, muß demselben vollständige Genugthuung leisten.„

schon von selbsten.

Wenn hiernächst nach der Vorschrift des Entw.

II. Th. S. 385. §. 183.

das Eigenthum einer vermachten Sache mit dem Todestage des Erblassers auf den Legatarium übergeben, vermöge des §. 191. hingegen der Genuß einer legirten Sache nur vom Ablauf der gesetzmäßigen Deliberationsfrist soll gefordert werden können; so versteht sich dieses letztere wohl nur von dem Fall, wenn der Erbe für diesen Genuß

nuß nichts erhalten hat; denn außerdem würde meines Bedünkens auch hier die R. R. eintreten:

Res transit cum sua caussa.

Ich verbinde damit die anderweite Regel:

Nemo cum alterius damno fieri debet locupletior.

Sie gründet sich in der äußersten Billigkeit, und niemand wird sich erlauben, in Thesi davon abzugehen; wie sie denn auch in des Entwurfs

II. Th. S. 68. §. 240.
— — 450. §. 147.
— — 517. §. 13. u. a. O.

ausdrücklich anerkannt worden ist. Indessen gewinnt es doch den Anschein, als wenn in manchen Stellen ihre allgemeine Gültigkeit bezweifelt werden wolle. Sollte dahin nicht z. B. die Verordnung

I. Th. I. Abth. S. 70.

gehören? Ich würde selbst bey ganz ungültigen Schulden dem Gläubiger nicht nur dasjenige zuerkennen, was von den verborgten Sachen oder Gelde erweislich noch vorhanden ist; sondern soviel als dieser reicher geworden ist; so, daß dasjenige, was mit dem Gelde erkauft worden, an dessen Stelle tritt: wiewohl aus dem Zusammenhang wahrscheinlich wird, daß eben dieses hier zu verstehen sey: denn dem Gelde kann man es nur sehr schwerlich ansehen, von wem es herrühre.

Auch glaube ich, daß auf obige Regel bei Fideicommissen, gegen die ohnehin in zweifelhaften Fällen, die Auslegung gilt,

Ebend. S. 283. §. 136. folg.

nicht soviel, als die natürliche Billigkeit erfordert, Rück-

sicht genommen worden sey; da ich indessen meine Meinung von F. C. schon anderwärts eröfnet habe, so will ich jetzt davon weiter nichts gedenken, außer, daß im §. 127. zwar festgesetzt ist, wenn der F. C. Folger sich gegen den letzten Besitzer zur Vergütung der Verbesserungen anheischig gemacht hat, daß es dabey sein Bewenden habe; aber nicht zugleich geordnet sich befindet, wie es nun zu halten sey, wenn dieser F. C. Folger bald stirbt, ohne von den Verbesserungen das geringste genossen zu haben, ob nun dessen Allodialerben dennoch jene Verbesserungen vergüten und zusehen müssen, wie sie mit dem neuen F. C. Folger zurecht kommen, oder ob dieser zum Ersatz verbunden sey? Da es in Ansehung der Verbesserungen bey den Lehnen eben so, wie bey F. C. gehalten werden soll,

II. Th. S. 701.

so ist die Frage von Bedeutung.

Außerdem weiß ich den §. 129. eben dieses Titels mit dem §. 109. nicht zu vereinbaren. Nach dem letztern soll das nutzbare Eigenthum bey F. C. mit dem Augenblick des Todes auf den Nachfolger übergehen; vermöge des §. 129. hingegen sollen den Erben des Verstorbenen F. C. Besitzers die Zinsen bis zum Ablauf des Quartals, in welchem der Tod erfolgt ist, bleiben, wenigstens verstehe ich den Ausdruck: **Vierteljahr:** nicht anders. Zinsen können ohnehin sehr leicht a momento ad momentum gerechnet werden.

Dieses bringt mich auf die Zinsen überhaupt.

Ich hatte mir vorgenommen, diesem Vorwurf, über den bey den Gerichtshöfen fast täglich gestritten wird, einen eignen Aufsatz zu widmen; ich kann aber bey meinen übrigen Geschäften nicht zur Ausarbeitung desselben

gelangen. Also nur ein paar Worte über die Stelle in des Entwurfs

II. Th. S. 322. §. 608. verbis. „Wo in einem „Schuldschein keine Zinsen vorbedungen worden, „können dergleichen auch nicht gefordert werden.„

der Haß gegen Zinsen bey den Römern, wo die Furcht für den Pöbel so gut, wie jetzt in Frankreich die Furcht für den Laternenpfal zu manchen, widernatürlichen Sonderbarkeiten die Veranlassung gab, ist bey uns so wenig als die jüdische Verfassung in diesem Stück anwendbar. Geld ist ein nutzbares Eigenthum, so gut, wie ein Acker oder eine Wiese. Soll ich diesen Nutzen entbehren, und derjenige, dem ich jenes dargeliehen habe, damit gewinnen, so würde er mit meinem Schaden reicher werden: denn hier kommt der Unterschied unter entbehrten Nutzen und würklichen Schaden nicht in Anschlag: Wenn mir die Früchte auf meinem Felde verhagelt werden, so hält dieses Jedermann für Schaden, wenn es gleich ebenfalls nur entbehrter Nutze ist. Ueberdieses muß auch die besorgliche Gefahr, ob der Schuldner das Darlehn wieder bezahlen werde, in Betrachtung gezogen werden, welche Wage bey Grundstücken nicht so groß ist. Ich würde daher bey baarem Darlehn jederzeit die Vermuthung für die Zinsen gelten lassen, und nur, wenn der Schuldner die Befreiung davon sich ausdrücklich bedungen hätte, eine Ausnahme davon machen. Und alsdann werden alle die zwischen dem von dem H. v. Leyser und andern Rechtslehrern vorwaltende streitige Meinungen, welche Hr. Müller in seinen

Observ. ad Leyser. Tom. II. Obs. 335. 337.

sehr mühsam zusammen gesucht hat, und die von dem letztern aufgestellte subtile Distinktionen größtentheils wegfallen,

fallen, wenn man nur standhaft bey der Regel bleibt: Res transit cum sua caussa. *)

Ob indessen gleich im Entwurf d. Pr. G. B. die Zinsen nicht aus der Natur des Geschäfts, sondern blos aus dem Vertrag hergeleitet werden, so sind doch auf der vorangezogenen Seite im §. 614. die Gläubiger nach meiner Meinung allzu sehr begünstiget, und ihnen eingeräumt worden, sogar einjährige Zinsen zum voraus abzuziehen. Hier soll mithin, nach meiner Einsicht, ein Accessorium statt finden, ohne, daß ein Principale vorhanden ist. Nur statt des entbehrten Gewinns oder Nutzens werden Zinsen bezahlt, wie könnte dieser vor der Auszahlung gedacht werden?

Wenn hingegen der Darlehnscontrakt in Ansehung der Zinsen blos nach dem zwischen dem Gläubiger und dem Schuldner getroffenen Einverständniß beurtheilt wird, ohne darauf Rücksicht zu nehmen, wieviel oder wenig (mit Inbegriff der Wage wegen der Wiederbezahlung) Nutzen sich der letztere mit dem entlehnten Geld beyläuftig schaffen könne; so ist nicht abzusehen, warum die Zinsen auf ein gewisses Procent festgesetzt werden können, wenn nicht bey den übrigen Contracten gleichermaßen vorgeschrieben wird, wie hoch der Käufer an Pro-

 cen-

*) Der obengedachte Herr Müller nimmt die Leyserische Meinung, daß bey baaren Darlehnen auch ohne Vorbedingung Zinsen entrichtet werden müssen, selbst an. Tom. II. Obs. 286.

Unter die daselbst angeführten Schriften, welche eigends von dieser Materie handeln, gehört auch Hohmann. Diss. de Quaest. an usurae ex mutuo non tantum ob pactum et moram, sed et propter naturam contractus solvendae sint. Lips. 1720.

centen das Grundstück soll nutzen, oder der Verkäufer erlaubten Profit nehmen können.

Und wenn ich nach diesen Voraussetzungen den nächstfolgenden §. 626.

> Hat der Richter geforderte Zinsen im Urthel übergangen, so wird angenommen, daß er solche aberkannt habe.

beurtheile, so ergiebt sich von selbst, daß ich ein solch Erkenntnis (Concursfälle ausgenommen, oder wo ein mutuum gratuitum ex pacto vorhanden ist) für zu recht beständig nicht achten würde.

Auch bey des Entwurfs

I. Th. III. Abth. S. 176. §. 590.

Ist, wie ich glaube, die Regel: nemo cum alterius damno &c. nicht ganz in Acht genommen worden. Vermöge solcher Stelle soll der nach der Todeserklärung wiederhergestellte (vorhin wahnsinnige) Pflegbefohlne sein Vermögen nur in so ferne wieder fordern können, als dasselbe oder dessen Wehrt im Besitz des Erben noch würklich vorhanden ist. Virtualiter ist vermuthlich darunter zu verstehen, in so ferne der Erbe durch das Vermögen reicher geworden ist: Denn der Wehrt einer Sache ist von dieser unterschieden. Sollte es aber damit

arg. §. 588.

dahin gemeint seyn, daß der Wiederhergestellte die Fructus perceptos, wenn diese consumirt sind, vom bisherigen Besitzer nicht soll zurückfordern können; so würde ich dieses sehr beschwerlich für jenen finden.

Die Förmlichkeit der Todeserklärung ist — — eine Förmlichkeit, nichts wesentliches, und kann wesentliche Folgen so wenig bewürken, als die Förmlichkeit der

Besitz-

Besitzergreifung der Europäer von bewohnten Inseln im Südmeer, darüber sich Freund Asmus *) so lustig macht.

Ein Recht, ein gegründetes Eigenthum kann und darf dadurch Niemanden entzogen werden.

Auch darf sich der bisherige Besitzer darüber nicht beschweren, wenn dasjenige an seinen rechtmäßigen Herrn zurück gegeben wird, was ihm vorhin gehörete. Er wagt nichts, verliert vom Seinigen nichts, gewinnt vielmehr in jedem Fall die billig zu ermäßigenden Verwaltungskosten und das Interusurium. Aber ich möchte nicht verantworten, ihn da ärndten zu lassen, wo er nicht gesäet hat.

Eben dieses erinnere ich bey den hiernachfolgenden §. §. 602 bis 608. in Verbindung mit des

II. Th. S. 182. §. 295. 296.

Die Vorladung des Verschollenen und das darauf gerichtete Erkenntniß bewürkt nichts, als eine Vermuthung; ertheilt einen Besitz, damit die Sache doch einstweilen einen Herrn habe, der sich ihrer annehme. Bey einem offenbaren Beweiß verschwindet die Vermuthung, und wenn sich der wahre Eigenthümer meldet, so kann der Zwischenbesitzer kein Recht mehr verlangen. Die Gesetze müssen jeden, auch Abwesende, bey ihrem Vermögen schützen, und sind nicht befugt, den Eigenthümer davon auszuschließen, welches ich besonders in Ansehung 607. §. gedenke. Nach demselben soll der nach dreyßig Jahren wiederkehrende Abwesende, ohne Unterschied,

*) S. Asmus omnia sua secum portans, oder sämmtliche Werke des Wandsbecker Bothen, im Paul Erdmanns Fest.

schied, ob er siebenzig Jahr alt ist oder nicht, *) nicht nur die von seinem Vermögen bisher abfälligen Zinsen, sondern sogar das Hauptgut verlieren, und sich höchstens mit einem nothdürftigen Unterhalt begnügen, mithin, wie ich glaube, sich bey lebendigem Leibe beerbt sehen. Viel Würkung bloßer Förmlichkeiten!

Wird der bisherige Besitz und die Verjährung zum Grund dieser Bestimmung angenommen, so würde eines Theils der administrirende Vormund, (im Fall er mit dem nächsten Erben nicht eine und eben dieselbe Person ist) mehr Recht, als dieser haben; (wenigstens hat keiner mehr, als der andre bonam fidem vor sich) und dann würde andern theils der Besitzer auch nicht nöthig haben, noch angehalten werden können, dem zurückkehrenden Eigenthümer den nöthdürftigen Unterhalt abzureichen, wie im §. 607. geordnet wird. Jener erlangt ja das Ganze mit vollkommenem Recht.

Endlich erinnere ich zu des Entwurfs

II. Th. S. 870. §. 1. u. 2.

daß, obwohl hier festgesetzt wird, daß für Einschränkungen und Belastungen des Eigenthums, welche zum gemeinen Besten durch Polizeygesetze vorgeschrieben werden, der Grundbesitzer, Entschädigung zu fordern nicht berechtigt sey; dennoch dieses mit den vorigen Behauptungen in dem daselbst angezogenen

V. Tit. und dessen §. 78. 79. 81. und 125.

nicht

*) Auch diese sonst gewöhnliche Bestimmung ist nichts als Vermuthung, die gegen den offenbaren Beweiß und das Leben selbst nicht in Betrachtung kommen könnte, wenn wir nicht allzusehr an Förmlichkeiten gewöhnt wären.

nicht völlig übereinstimme. Ich überzeuge mich zwar, daß in den bemerkten Fällen der Staat unbedenklich an die Stelle der Mitbürger treten könne; allein eben so gewiß ist es, daß er nicht mehr Recht, als diese verlangen dürfe. Am wenigsten darf er mit dem Schaden eines einzelnen Bürgers reicher werden, da ihm die Verbindlichkeit obliegt, Jeden bey dem Seinigen zu schützen, oder ihn doch billig zu entschädigen.

Ein am wenigsten einem Mißverstand oder Zweifel unterworfener Rechtssatz ist:

Casum sentit dominus.

Indessen, wer weiß nicht, daß selbst die größten Juristen ihn zuweilen aus der Acht gelassen haben? Ich berufe mich z. B. auf

Hommel. Rhapsod. Obs. 79.

Hier soll eine Tochter die erhaltene Mitgabe in die elterliche Erbschaft einwerfen, wenn sie vom Manne durchgebracht worden, nicht aber, wenn sie in einem Hause bestanden hätte, und dieses verbrannt ist. Ich weiß es wohl, der favor dotis ist in jure groß, so groß, daß in Ansehung desselben eine Ausnahme von der 125. Rechtsregel: favorabiliores rei potius, quam actores habentur: aus dem angeführten Grund gemacht wird, weil favor caussae praevaleat favori rei; dabey ich mich weiter nicht aufhalten will; allein, wenn der Dos einmal berichtigt und abgefolgt worden ist, so kann nun von dessen favore die Rede nicht mehr seyn.

Auch davon ist die Frage nicht, was mitleidig denkende Eltern oder Geschwister gegen ihre unglücklichen nächsten Verwandten aus freyen Willen thun, sondern vom Recht.

Es kommt nichts drauf an, ob, wie Hommel zu verstehen zu geben scheint, die Liederlichkeit und Verschwendung des Mannes einigermaßen auf die Rechnung des Eheweibes zu schreiben sey; denn dieses darf doch nicht vermuthet werden, und das Gegentheil ist sehr wohl möglich: sondern es ist blos davon die Frage, ob die durch Zufall um ihre Mitgabe gekommene Weibsperson solche von ihren Geschwistern noch einmal fordern könne, oder, welches einerley ist, ob jene nicht nöthig habe, den empfangenen Dotem in die elterliche Erbschaft einzuwerfen?

Die von Hommeln angezogene Nov. 97. Cap. 6. erwähnt von seiner Behauptung nichts. Ehe kann der

l. 6. Cod. de Collat.

dahin verstanden werden, obschon selbst dieser keine gesetzliche Disposition, sondern eine Gewohnheit (consueverunt) im Munde führet.

Der Entwurf des Pr. G. B.

I. Th. I. Abth. S. 197. folg.

tritt der Hommelischen Behauptung nicht bey: und ich kann nicht umhin, der in der letztbemerkten Stelle getroffenen vortreflichen Einrichtung völligen und den lautesten Beyfall zu geben.

Und doch glaube ich, daß an einigen andern Orten des Entwurfs die Regel: Casum sentit &c. nicht nach ihrer größten Ausdehnung genommen worden sey.

So würde ich z. B. die Verordnung

II. Th. S. 58. §. 169. „Wer einen Vertrag „wider des andern Willen, vor der bestimmten Zeit „erfüllt, haftet bis zum Ablauf des Termins für „alle die Sache treffende Zufälle.„

nur

nur unter der Einschränkung gelten lassen, daß dem Erfüller der Beweiß nachgelassen bleibe, daß der Zufall die Sache ein, wie das andremal betroffen haben würde: So auch in Ansehung der Disposition

ebendas. S. 453. §. 166. „Ist das Uebernom„mene (bey nützlichen Verwendungen) durch einen „bloßen Zufall verloren gegangen, ehe der andre „davon würklichen Nutzen gezogen hat, so ist kei„ne Verbindlichkeit zum Ersatz vorhanden.„

Wie, da in andern Stellen des Entwurfs der Uebergabe soviel, und wie ich sonst erinnert habe, zu viel Würkung beygelegt wird, so soll sie nun hier gar keine äussern? Ich überzeuge mich, daß durch die Uebernahme das Geschäft genehmigt wird, daß der Uebernehmer sofort würklicher Eigenthümer werde, daß er mithin als solcher auch allen Schaden und Zufall tragen müsse.

Und da hiernächst nach des Entwurfs

II. Th. S. 280. §. 353.

der Cessionarius alsobald durch die Erklärung des Cedenten, daß er das abgetretne Recht, als das seinige, auszuüben befugt seyn soll, völliger Eigenthümer des Rechts selbst wird, so sehe ich nicht ein, warum im folgenden §. 388. derselbe von der Verantwortung frey seyn soll, wenn ihn unvermeidliche Vorfälle an der baldigen Beytreibung der Schuld verhindert haben. Ihn, als Eigenthümer betrift lediglich der Schade, wenn er sich nicht ein anders bedungen hat.

Es ist ferner in des Entwurfs

II. Th. S. 882. §. 70.

festgesetzt worden, daß, wenn die Huht dem Berechtigten nur für eine gewisse Art von Vieh auf einem frem-

den Grundstück eingeräumt ist, er gleichwohl Vieh von andrer Art auf die Huht bringen dürfe, wenn er durch Zufall eine Art von Vieh an die Stelle der andern zu halten auf eine Zeit lang genöthigt wird.

Alle Einschränkungen der natürlichen Freyheit sind strenge auszulegen, und über den Buchstaben, oder die bisherige Gewohnheit nicht zu erweitern, und ich glaube daher, daß auch hier der Zufall den Herrn der Grundgerechtigkeit betreffe; dieser also so wenig, als der Fronberechtigte, eine Art statt der andern erkiesen, mithin Pferde statt Kühe, und Truthühner für Gänse nicht erwählen dürfe, es müßte denn mit Zufriedenheit des Leidenden geschehen. Dieses ist auch umgekehrt in Ansehung des Letztern zu beobachten.

Er darf als Recht nicht **fordern**, daß eine Art Viehes, statt der andern erkieset werde: wie könnte der Berechtigte, der durch seine Befugniß die natürliche Freyheit beschränket, mehr verlangen? Dies steht ihm am wenigsten zu, wenn die ungewöhnliche Gattung dem Leidenden mehr Nachtheil bringt, als die andre, z. B. Schafe, Ziegen und Schweine, statt Rindvieh und Pferde, Enten auf einem Teich statt Gänse u. d. g.

* *
*

Qui jure suo utitur, nemini facit injuriam!

Wenn die Menschen in der Welt insgesammt aufgeklärt dächten, und den Willen hätten, ihren Nebenmenschen so zu begegnen, wie sie in gleichen Fällen behandelt zu werden wünschen, so würden weder Prozesse entstehen, noch Richter nöthig seyn. Diese erfahren aber alle Tage, wie viel noch fehle, daß Leute, welche doch auf Kenntnisse und gute Denkungsart Anspruch machen, menschliche Fehler abgelegt haben, was soll man von andern sagen?

Der

Der Richter, als solcher, hat aber auch nicht nöthig, nach den vorgegebenen oder wahren Absichten zu sprechen, sondern er muß blos auf Thatsachen sein Augenmerk richten.

Ich getraue mir daher, den in vielen Fällen billigen und vernünftigen Satz in des Entw.

II. Th. S. 83. §. 28.

nach welchem der vermöge eines habenden Rechts dem andern entstandene Schade, wenn jenes in der Absicht ausgeübt worden, diesen zu kränken, ersetzt werden soll, nicht in allen Fällen zur Ausübung zu bringen. Wer will die Absicht beurtheilen? Gemeiniglich wird der Gekränkte eine unerlaubte voraussetzen, und den bekannten Satz: quod tibi non nocet, & mihi prodest, ad id habeo jus? dahin umwenden: quod mihi non nocet, et tibi non prodest, ad id tu non habes jus. Dem hingegen der andre die obangeführte Rechtsregel: qui jure suo &c. zurückgeben wird.

Wenn nun derjenige, welcher sich seines Rechts bedient, die ihm beygemessene schadenfrohe Absicht leugnet, und vorschützt, daß er innerhalb der ihm zustehenden Schranken geblieben sey, (§. 27.) so müßte der Richter so klug, wie **Libussa** *) seyn, das ist, einen Wahrsagergeist besitzen, wenn er nach der Absicht ein Urtheil fällen wollte.

Da auch, um meinen ganzen Schatz der Rechtsregeln auszukramen, in zweifelhaften Fällen mehr für den Beklagten als den Kläger zu sprechen ist, l. 125. ff. d. div. reg. jur. hiernächst nur **Beleidigungen**, d. i. die Entziehung eines würklich gehabten Rechts, gerichtlich

*) S. Volksmärchen der Deutschen III. Th. S. 66. 67.

lich geahndet werden können, so überzeuge ich mich, daß die Disposition des §. 28. schwerlich zur Ausübung gebracht werden könne; wie sie denn ohnehin im

I. Th. III. Abth. S. 287. §. 422. und
II. Th. S. 123. §. 25. ingleichen,
— — 134. §. 98. folg.

näher bestimmt und erläutert wird.

Nur noch über eine Stelle des Entwurfs will ich kürzlich meine Meinung eröfnen. Ob ich gleich, wie ich bey der nächstvorhergehenden Regel zu erkennen gegeben habe, von Einschränkungen der natürlichen Freyheit kein Freund bin; so möchte ich doch Jeden bey seinen erlangten Rechten und Befugnissen nach ihrem ganzen Umfang erhalten wissen. Hat demnach Jemand die Triftgerechtigkeit hergebracht, und er hat einen sorgfältigen Schäfer und dieser einen wachsamen Hund, so hat er seiner Verbindlichkeit eine Gnüge gethan, es kann ihm nicht angemuthet werden, wenn, aller Sorgfalt ungeachtet, hier und da ein Stück Vieh aus dem Weg tritt, und etliche Halmen abreißt, eh der Hund es verscheucht, den Schaden zu ersetzen. Es scheint, der Verfasser dieses Titels des Entwurfs ist hiervon ebenfalls überzeugt gewesen, wie aus den Stellen

II. Th. S. 883. §. 8. und
— — 885. §. 92.

wahrscheinlich wird: doch ist daselbst

S. 879. §. 54.

ohne Ausnahme festgesetzt worden:

„Wer

„Wer das Recht des Viehtriebs hat, muß solchen „dergestalt einrichten, daß das Vieh durch Uebertreten, oder sonst, keinen Schaden verursache.„

Es ist meines Bedünkens dem Berechtigten mit Billigkeit nicht zuzumuthen, die Grundstücke der Anlieger durch Gräben und Dornen zu verwahren, damit das Vieh nicht übertreten könne. Das müssen vielmehr die Eigenthümer, doch, wie sich versteht, ohne Schmälerung der Triftbreite besorgen; wie denn

Ebendas. S. 155. §. 113.

in einem ähnlichen Fall wegen Umzäunung der Felder gegen Wildschaden ein gleiches verordnet wird. Bey dieser letzten Stelle und den nachfolgenden §. §. läßt sich überhaupt noch manches erinnern. Vermuthlich hat dabey der Gesetzgeber vorausgesetzt, daß dem Jagdberechtigten auch das zu umzäunende Holz eigenthümlich zustehe. Der Fall kommt aber täglich vor, daß z. B. einem Gutsherrn die Jagd und einer Gemeinde das Holz gehöret.

Hier muß wohl mehr der Widerspruch der letztern, als der Wille des erstern in Betrachtung gezogen werden. Eben dieses scheint schon der Ausdruck im §. 114.*) **auf Verlangen der Besitzer** anzudeuten. Aber auch der Fall ist möglich, daß die Eigenthümer des Waldes, und die Eigenthümer der angränzenden Ländereyen verschie-

*) Ich setze ihn zu geschwinder Einsicht her:

„Wer auf seinem Revier das Wild hegen will, der muß, „auf Verlangen der Besitzer von den angränzenden be„baueten Ländereyen, den Wald mit tüchtigen Wildzäu„nen verwahren lassen.„

schieden sind. Jene werden sich sehr dafür bedanken, wenn auf Verlangen der leztern der Wald zu Hegung des Wilds umzäunet werden sollte, weil dadurch, zumal bey Laubholz, der Nachwuchs, und mithin die Waldung selbst, unwiederbringlich verwüstet wird. Es würde unbehutsam seyn, in unsern Tagen mehr davon zu gedenken.

Bayerische Staatsbibliothek MÜNCHEN

Verbesserungen, des Ersten Heftes:

S. 9. Z. 8. S. 15. ult. S. 24. Z. 15. S. 26. lies Klein.
S. 52. 10. ist: nach Achtlosigkeit Fr. blame, S. 99. 30. nach sich: daraus, S. 134. ult. S. 145. 11. nicht, S. 115. 12: ausgeschlossen: zuzusetzen.
S. 22. 23. ist: (u. 68) S. 31. 6. das (:) S. 34. 5. das (?) S. 102. 18. (und) auszustreichen.
S. 17. 16. l. noch das S. 26. ult. l. 174. folgender.
S. 27. 25. l. unverbrüchlich S. 29. 5. l. Fideicommisse u. Z. 26. Fideicommiß.
S. 33. 15. l. nun S. 35. 12. war. S. 46. 12. l. Steuer.
S. 34. 15. l. vorkomme S. 90. 13. mache S. 70. 23. l. leugnen. S. 44. 20. l. Seite 430. S. 49. 22. l. Verbrechers S. 61. 14. l. Clive.
S. 98. 1. l. vor für ob: S. 73. 28 und 29. l. ein verkauftes.
S. 79. 8. l. Dorfspruchs um ist. S. 146. 10. l. Nichtsthuns. S. 46. 9. l. im S. Meiningischen.
S. 16. 21. l. dem andern S. 33. 5. von unten l. den.
S. 14. 9. l. daß S. 26. 7. von unten l. mit den, S. 125. 2. v. u. l. daß.
S. 116. 4. l. Legitimation S. 137. 9. l. daß Narrheit.

Verbesserungen des Zweiten Hefts.

S. 5. Z. 18. st. II. l. III. S. 12. Z. 13. l. nach J ein . S. 15. Z. 1. l. nach d. W. Satz ein:
S. 17. Z. 24. l. S. 411. §. 337. S. 20. Z. 8. l. n. soll. §. 536. Z. 19. l. st. 168. 214. S. 21. Z. 23. l. 285. S. 31. Z. 5. l. Unitarier, Socinianer.
S. 34. Z. 11. l. verflogen S. 56. Z. 18. l. nach Vorkauf ꝛc. S. 57. Z. 7. l. es S. 64. Z. 6. l. fande Z. 8. l. In der.
S. 71. Z. 22. l. bey diesem S. 73. Z. 32. verschleifen, wenn S. 74. Z. 23. l. entstandenem S. 79. Z. 13. l. nach Sachenrecht §. 10. S. 80. Z. 28. l. unbeweglichen.
S. 82. Z. 1. l. st. : ein , Z. 2. ist das , überflüßig Z. 33. l. denn was S. 85. Z. 5. ist : daselbst: überflüßig.
S. 100. Z. 15. l. Nimm S. 108. Z. 13. l. Man S. 112. Z. 8. l. selbst zum S. 116. Z. 30. l. werde.
S. 132. Z. 1. l. schändlich S. 133. Z. 24. l. dergestalt.

XX (1.2 III/189
X/189

BSB Bayerische StaatsBibliothek

MDZ Münchener DigitalisierungsZentrum Digitale Bibliothek

Hermann, Johann Heinrich Gottlieb

Fragmente und rechtliche Bemerkungen, besonders in Rücksicht auf den Entwurf des allgemeinen Gesetzbuchs für die Preußischen Staaten

Bd.: 2

Eisenach (1790)

J.germ. 85-2
urn:nbn:de:bvb:12-bsb10551495-3
VD18 80227651-001